

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**EL ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL
DEL MILITAR DE CARRERA EN ESPAÑA.
ANTECEDENTES, FUNDAMENTO Y SITUACIÓN ACTUAL.**

Ramón Gómez Martínez

Director:
Dr. D. Gregorio Cámara Villar
Departamento de Derecho Constitucional

Año 2008

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Ramón Gómez Martínez
D.L.: GR. 191-2009
ISBN: 978-84-691-8583-4

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO

**EL ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL
DEL MILITAR DE CARRERA EN ESPAÑA.
ANTECEDENTES, FUNDAMENTO Y SITUACIÓN ACTUAL.**

TESIS DOCTORAL para la obtención del grado de Doctor, presentada por el licenciado D. Ramón Gómez Martínez, bajo la dirección del Profesor Dr. D. Gregorio Cámara Villar, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

Granada, 2008.

- Ramón Gómez Martínez -

VºBº
El Director

- Gregorio Cámara Villar -

INDICE

INTRODUCCIÓN.	Página 1
 Capítulo Primero.	
LA FUERZA MILITAR DURANTE EL CONSTITUCIONALISMO HISTORICO ESPAÑOL.	9
 1.1. INTERACCIÓN DE LOS MILITARES CON EL SISTEMA POLÍTICO.	10
1.1.1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE MILITARISMO.....	10
1.1.2. EL MILITARISMO EN ESPAÑA.....	13
1.1.2. a. El fenómeno de los pronunciamientos.	19
 1.2. CRISIS, DESCOMPOSICIÓN Y NUEVA VISIÓN DE LA FUERZA MILITAR.	23
 1.3. LA RESTAURACIÓN Y LA ORGANIZACIÓN MILITAR.	27
1.3.1. LAS REFORMAS MILITARES.	30
1.3.2. LAS JUNTAS DE DEFENSA.	31
1.3.3. LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA.	38
 1.4. LA CONFLICTIVIDAD MILITAR DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA.	39
 1.5. EL PODER MILITAR EN EL RÉGIMEN DE FRANCO.	42
 1.6. EL ASOCIACIONISMO MILITAR CLANDESTINO Y SU INCIDENCIA EN LA COHESIÓN INTERNA.	47
 1.7. LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA.	50
 1.8. RECAPITULACIÓN.	53
 Capítulo Segundo.	
DERECHOS, LIBERTADES Y FUERZA MILITAR EN LAS CONSTITUCIONES HISTÓRICAS ESPAÑOLAS.	61
 2.1. TIPOLOGÍA DEL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL.	61
 2.2. CARÁCTER DEL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL.	67
2.3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA (19 marzo 1812).	71
2.3.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y LIBERTADES.	73

2.3.2. LA FUERZA MILITAR NACIONAL.	79
2.3.3. VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812 EN EL <i>TRIENIO LIBERAL</i>	82
2.4. ESTATUTO REAL (10 abril 1834).	86
2.5. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA (18 junio 1837).	88
2.5.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y LIBERTADES.	89
2.5.2. LA FUERZA MILITAR NACIONAL.	91
2.6. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA (23 mayo 1845).	91
2.6.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y LIBERTADES.	92
2.6.2. LA FUERZA MILITAR.	93
2.6.3. LOS PROYECTOS DE REFORMA.	94
2.7. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA (5 junio 1869).	95
2.7.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y LIBERTADES.	96
2.7.2. LA FUERZA MILITAR.	100
2.8. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA (30 junio 1876).	101
2.8.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y LIBERTADES.	102
2.8.2. LA FUERZA MILITAR.	106
2.8.3. LEY CONSTITUTIVA DEL EJÉRCITO (1878).	107
2.8.4. LEY ADICIONAL A LA CONSTITUTIVA DEL EJÉRCITO (1889).	111
2.8.5. LEY DE JURISDICCIONES (1906).	114
2.8.6. DECLIVE DEL SISTEMA DE LA RESTAURACIÓN.	117
2.9. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESPAÑOLA (9 diciembre 1931).	119
2.9.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y LIBERTADES.	121
2.9.2. LA LEY DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA (1931).	126
2.9.3. LA FUERZA ARMADA.	127
2.9.4. LA REFORMA MILITAR.	128
2.9.4. a. Política de personal.	131
2.9.4. b. Democratización y despolitización.	134
2.9.4. c. Organización y modernización.	137
2. 10. RÉGIMEN DE FRANCO.	138
2. 11. RECAPITULACIÓN.	141
Capítulo Tercero.	
EL MARCO GENERAL DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL ÁMBITO COMPARADO Y EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.	151

3.1. REGÍMENES POLÍTICOS Y FUERZAS ARMADAS.	151
3.2. LAS FUERZAS ARMADAS EN LAS CONSTITUCIONES DE IBEROAMÉRICA.	153
3.2.1. CARÁCTER, CONFIGURACIÓN Y MISIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS IBEROAMERICANAS.	155
3.2.2. LAS FUERZAS ARMADAS Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PODERES.	160
3.2.2. a. Competencias del poder ejecutivo.	160
3.2.2. b. Competencias del poder legislativo.	164
3.2.2. c. Competencias del poder judicial.	165
3.2.3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MILITARES EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS.	168
3.2.3. a. Derecho de sufragio.	169
3.2.3. b. Derechos de asociación, sindicación y huelga.	171
3.2.3. c. Libertad de expresión.	171
3.2.3. d. Derecho de petición.	172
3.2.3. e. Derecho a la vida.	173
3.2.3. f. Incompatibilidades y otros.	173
3.2. 4. RECAPITULACIÓN.	175
3.3. LAS FUERZAS ARMADAS EN LAS CONSTITUCIONES DE EUROPA OCCIDENTAL Y NORTEAMÉRICA.	178
3.3.1. CARÁCTER, CONFIGURACIÓN Y MISIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS OCCIDENTALES.	178
3.3.2. LAS FUERZAS ARMADAS Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PODERES.	184
3.3.2. a. Competencias del poder ejecutivo.	184
3.3.2. b. Competencias del poder legislativo.	188
3.3.2. c. Competencias del poder judicial.	191
3.3.3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MILITARES EN LAS CONSTITUCIONES OCCIDENTALES.	192
3.3. 4. RECAPITULACIÓN.	195
3.4. EL MODELO DE FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.	197
3.4.1. ELEMENTOS BÁSICOS PARA LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS.	200
3.4.1. a. Carácter de las Fuerzas Armadas.	201
3.4.1. b. El debate multidisciplinar sobre la auténtica naturaleza de las Fuerzas Armadas.	204
3.4.1. c. Misiones.	217
3.4.1. d. Composición y organización.	220
3.4.2. LA ACTUALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE DEFENSA NACIONAL. LA LEY ORGÁNICA 5/2005 DE 17 DE NOVIEMBRE, DE LA DEFENSA NACIONAL.	224
3.4.2. a. La Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. La continuación de un proceso de renovación.	232
3.4.3. LAS COMPETENCIAS DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE	

PODERES EN RELACION CON LAS FUERZAS ARMADAS.	236
3.4.3. a. Vinculaciones con el poder legislativo.	238
3.4.3. b. Vinculaciones con el poder ejecutivo.	243
3.4.3. c. La cuestión del Mando de las Fuerzas Armadas.	246
3.4.3. d. Vinculaciones con el poder judicial.	252
3.4. 4. LAS REALES ORDENANZAS PARA LAS FUERZAS ARMADAS (LEY 85/78 DE 28 DE DICIEMBRE).	260
3.4.4. a. Carácter y vigencia de las Reales Ordenanzas.	262
3.4.4. b. Los Tratados Primero (Ordenes generales) y Segundo (Ordenes particulares).	265
3.4.4. c. El Tratado Tercero (De los deberes y derechos).	271
3.4.5. LA VIGENCIA DE LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES Y EL CASO DE LAS REALES ORDENANZAS.	276
3.4.6. RECAPITULACIÓN.	281

Capítulo Cuarto.

RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL Y LA RELACION DE SUJECIÓN ESPECIAL DEL MILITAR.	293
--	-----

4.1. LAS RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL (RdSE).	293
4.1.1. ORIGEN DE LAS RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL.	294
4.1.2. LAS CONVENIENTES PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.	298
4.1.3. POSICIONES DOCTRINALES RESPECTO AL CONCEPTO “RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL”.	300
4.1.4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL.	309
4.1.4. a. Reglamento y potestad reglamentaria.	311
4.1.4. b. Tipos de reglamentos.	314
4.1.5. RELACIONES ENTRE LEY Y REGLAMENTO.	317
4.1.5. a. La primacía de la ley.	317
4.1.5. b. La reserva de ley.	319
4.1.6. LAS RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.	325
4.1.7. JURISPRUDENCIA Y RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL.	332
4.2. EL MILITAR COMO SUJETO DE UNA RELACIÓN DE SUJECIÓN ESPECIAL.	337
4.2.1. <i>¿ESTATUS O ESTATUTO?</i> . EL CONCEPTO Y SUS IMPLICACIONES.....	338
4.2.2. ELEMENTOS PARA UN PERFIL DE LA RELACIÓN DE SUJECIÓN ESPECIAL DEL MILITAR DE CARRERA EN ESPAÑA.	342
4.2.2. a . Una acentuada situación de dependencia.	343
4.2.2. b . Un estado general de libertad limitada.	348
4.2.2. c . La existencia de una relación personal.	351

4.2.2. d. La indeterminación de las prestaciones y la intensidad de las intervenciones coactivas.	354
4.2.2. e. La obediencia primada.	356
4.2.2. f. La voluntariedad en la prestación.	357
4.2.2. g. La duradera y efectiva inserción del administrado.	358
4.2.2. h. El fin de eficacia administrativa como justificación de la relación.	361
4.2.2. i. Un régimen jurídico y disciplinario peculiar.	363
4.2.2. j. Un factor extrajurídico, la idiosincrasia militar.	366
4.3. RECAPITULACIÓN.	370

Capítulo Quinto.

EL TRATAMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO INTERNO..... 379

5.1. EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES.	380
5. 1.1. ÁMBITO UNIVERSAL.	380
5. 1.2. ÁMBITO REGIONAL.	384
5.2. EL CRITERIO INTERPRETATIVO DEL ARTICULO 10.2 CE.	385
5.3. EL SISTEMA EUROPEO DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	389
5.3.1. EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (CEDH).	390
5.3.1.a. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	394
5.3.2. LA PROGRESIVA IMPLICACIÓN COMUNITARIA EUROPEA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.	398
5.3.2. a. Las etapas del proceso.	402
5.3.2. b. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.	403
5.3.2. c. El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.	412
5.3.2. d. El Tratado de Lisboa.	419
5.3.3. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO SUPRANACIONAL EUROPEO Y EL INTERNO DEL ESTADO.	424
5. 3. 4. LA PROYECCIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE EL ESTATUTO DEL MILITAR.	427
5.4. RECAPITULACIÓN.	432

Capítulo Sexto

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MILITAR DE CARRERA. 439

6.1. CONSIDERACIONES GENERALES.	439
6.2. DERECHOS CON EXPLÍCITA LIMITACIÓN CONSTITUCIONAL.	445
6.2.1. DERECHO A LA VIDA.	446
6.2.2. DERECHO DE PARTICIPACIÓN.	453
6.2.3. DERECHO DE SINDICACIÓN.	464
6.2. 4. DERECHO DE PETICIÓN.	470
6.3. DERECHOS CON LIMITACIÓN LEGISLATIVA.	493
6.3.1. LIBERTAD DE EXPRESION E INFORMACION.	494
6.3.2. DERECHO DE REUNION Y MANIFESTACION.	517
6.3.3. DERECHO DE ASOCIACION.	531
6.4. OTROS DERECHOS Y LIBERTADES.	550
6.4.1. IGUALDAD ANTE LA LEY.	551
6.4.2. DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y A LA SEGURIDAD PERSONAL. EL <i>HABEAS CORPUS</i>	570
6.4.3. LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTO.	591
6.4.4. DERECHO AL HONOR. DERECHO A LA INTIMIDAD. INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO. LOS TRIBUNALES DE HONOR.....	596
6.4.5. LIBERTAD DE RESIDENCIA Y CIRCULACION.	619
6.4.6. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.	622
6.5. LAS LEYES PENAL Y DISCIPLINARIA Y EL PRINCIPIO <i>non bis in idem</i>.	641
6.6. LOS CONSEJOS ASESORES DE PERSONAL. ¿UN PALIATIVO ESTATUTARIO?.	649
6.7. RECAPITULACIÓN.	657
<u>CONCLUSIONES</u>	695

APÉNDICES:

- ABREVIATURAS
 - BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES
 - JURISPRUDENCIA
 - LEGISLACIÓN
-

INTRODUCCIÓN

Es un hecho notorio que la posición individual de los militares ante el aparato legislativo y judicial es distinta a la del ciudadano común, por estar sujetos a un régimen entre cuyas peculiaridades se incluye la de padecer limitaciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Como también lo es que, en algún caso, estas limitaciones van mas allá de lo previsto en el texto constitucional, fundamentadas en su legislación específica, que está acompañada de su propia jurisdicción penal y régimen disciplinario.

Estas restricciones se deben a la circunstancia de ejercer su profesión, y sus derechos y libertades aún no han sido regulados de manera unitaria en un estatuto específico. De manera que está claro que la situación del militar en su relación individual frente al aparato del Estado presenta especialidades respecto a la del ciudadano común.

Estudiando los **antecedentes**, observamos que el tratamiento del estatuto personal de los militares ha estado marcado por la relación de sujeción en que desarrollan su función y otras causas, como la necesidad de mantener la neutralidad institucional y la disciplina interna de quienes componen las Fuerzas Armadas, que ostentan el monopolio del ejercicio de la fuerza armada del Estado. Factores que en la práctica singularizan el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades constitucionalmente reconocidos.

Los puntos de apoyo para esta especialidad militar están en diversos textos legales. Actualmente, la Ley 85/1978 de 28 diciembre Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (ROFAS), cuya constitucionalidad ha sido puesta en entredicho, es la norma reguladora de los derechos y deberes de los militares.

El Proyecto de la vigente Ley Orgánica 5/2005 de 17 noviembre, de la Defensa Nacional (LODN), derogaba las Reales Ordenanzas e intentaba sustituirlas por un código de conducta, pero fue corregido durante su trámite parlamentario para que las reglas de comportamiento de los militares se regularan fuera de esta ley. En su actual Artículo 20, la LODN fija las bases para establecer

las reglas esenciales del comportamiento de los militares, con el establecimiento de una jerarquía de normas cuyo primer nivel será la propia LODN, en el segundo nivel será la Ley de la Carrera Militar la que recoja esas reglas esenciales de conducta y en el tercero se desarrollará por vía de Real Decreto en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que habrán de actualizarse.

La actual Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la Carrera Militar (LCM), deroga los Artículos de las ROFAS que resultan afectados, pero se mantienen los que se refieren a derechos fundamentales y libertades públicas, dándose rango de real decreto a los demás.

La **justificación** de este trabajo está en la necesidad de analizar en profundidad la cuestión de los derechos y libertades de los militares, reconsiderando todos los aspectos de su régimen personal, tanto más cuando actualmente se están produciendo adaptaciones o cambios legislativos importantes, además de darse circunstancias antes inexistentes, como la composición netamente profesional de las Fuerzas Armadas y la plena incorporación de la mujer a sus filas.

En este punto se advierten interrogantes y surgen diversas hipótesis de futuro, como cuál será la tendencia del cambio o la evolución del estatuto del militar de carrera, o si es posible reducir el número y rebajar la intensidad de las limitaciones actuales al ejercicio de los derechos fundamentales de los militares y, en su caso, qué limitaciones cabe mantener o imponer y con qué fundamento.

Además, es necesario reconsiderar construcciones doctrinales empleadas en su momento como soporte justificativo. En concreto, la categoría de las relaciones de sujeción especial, para intentar aclarar si esa sujeción especial en que está inserto el militar constituye por sí misma una categoría jurídica que justifique y explique las limitaciones que soporta para el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas.

Por otra parte, en el ámbito legislativo y jurisdiccional militar se emplean con frecuencia conceptos como jerarquía, disciplina u honor, que son específicos o tienen un marcado carácter diferencial respecto a su empleo en otros ámbitos, que están acuñados desde épocas pasadas y cuya actualización conviene revisar.

El tema a tratar en este trabajo no es nuevo, pero no está agotado, y además estamos en un periodo de cambios y revisiones en el estatuto militar, como una segunda oleada legislativa para actualizar el *corpus* legal generado en la década de mil novecientos ochenta, en consonancia con la evolución del concepto mismo de la Fuerza Militar (defensa compartida, alianzas, misiones, composición profesional, inmigrantes, integración o atención específica a la mujer). Por tanto, para afrontar los nuevos tiempos es conveniente hacer una recapitulación general sobre los aspectos estatutarios del militar, partiendo desde su origen constitucional histórico hasta el momento presente, y esa es la **aportación** principal que supone este trabajo, un estudio monográfico, desde el punto de vista jurídico-constitucional, para intentar delimitar y actualizar el contenido y alcance del estatuto del militar en un momento en que se está produciendo un cambio.

Acotando el objeto, el militar de carrera al que nos referimos es el oficial, suboficial y personal asimilado que presta servicio en los Ejércitos con carácter permanente y que ha ingresado en su correspondiente escala según los procedimientos selectivos fijados por la ley. Este es el concepto del derogado Artículo 206 ROFAS, pero la actual LCM en su Artículo 76 extiende esta categoría de militar de carrera también a los de tropa y marinería cuando, según lo previsto legalmente, accedan a una relación de servicios de carácter permanente. No obstante, consideramos que en el caso de estos últimos su régimen aún no está lo bastante contrastado con la experiencia, ni ha tenido el suficiente recorrido legislativo, doctrinal y jurisprudencial, por lo que el estudio se ha centrado en el caso de los oficiales y suboficiales citados, pensando más en los primeros porque se les puede seguir el rastro desde el primer paso del constitucionalismo y, por igual motivo, centrado en particular en los pertenecientes al Ejército de Tierra.

La alusiones al Ejército se hacen en sentido genérico, hasta 1931 comprende también a la Armada o Marina de Guerra y desde la posguerra, también al Ejército del Aire.

El **objetivo** científico que se persigue es realizar una revisión y actualización sobre el contenido actual del estatuto jurídico-constitucional del militar de carrera, el estado de la cuestión del ejercicio de sus derechos

fundamentales y libertades públicas, así como su posible evolución. Con dos **finalidades**, desde el campo del jurista, avanzar en el conocimiento sobre una cuestión que merece una recapitulación después de treinta años de rodaje, para vislumbrar su posible evolución; desde el campo del militar, para favorecer el mejor conocimiento de su posición como ciudadano que vive insertado en una “relación especial”.

Las líneas maestras de la **metodología** empleada se describen a continuación.

Se ha estudiado la evolución general de los derechos y libertades en las constituciones españolas y en su legislación de desarrollo, con énfasis en lo referente a su ejercicio por los militares, contrastando fuentes doctrinales y jurisprudenciales, prestando atención durante todo el proceso a aquellos factores extrajurídicos que hayan podido influir en el estado de la cuestión o en la evolución actual de los acontecimientos.

Para estructurar el trabajo, se consideró necesario hacer una reseña del tratamiento de la Fuerza Militar y del estatuto de sus miembros en las Constituciones históricas españolas; estudiar los rasgos esenciales de la actual configuración constitucional de las Fuerzas Armadas, particularmente en los aspectos que afecten al estatuto de sus miembros; un estudio más pormenorizado de los derechos fundamentales y libertades públicas, desde el punto de vista de su ejercicio por el militar de carrera; estudiar el desarrollo legislativo de los preceptos constitucionales que inciden en el estatuto del militar; observar referencias al estado de la cuestión en el ámbito comparado; así como los estudios doctrinales sobre la materia y la jurisprudencia relacionada, en particular la del Tribunal Constitucional.

Sobre esta base, el trabajo se ha organizado en tres partes, cada una con dos capítulos: antecedentes, fundamento y situación actual. Se ha seguido un esquema longitudinal con incursiones laterales, es decir, una secuencia temporal, de lo antiguo a lo moderno, con precisiones o reseñas puntuales formuladas también desde campos extrajurídicos. Sobre este eje se ha organizado la estructura de cada capítulo, entreverando legislación general y específica militar, doctrina y jurisprudencia constitucional. Para el estudio de cada uno de los derechos fundamentales se ha seguido un patrón: artículo que lo trata en la

Constitución, legislación general de desarrollo y específica militar (ROFAS, CPM, LORDFAS, LRPMFAS, LCM), limitaciones y contenido esencial, doctrina, jurisprudencia y posible evolución. Finalmente, cada capítulo cierra con una recapitulación sobre lo tratado.

Para los **antecedentes** se ha hecho una reseña histórica en la que se pretende mostrar la estrecha y a veces traumática relación entre lo civil y lo militar durante nuestro constitucionalismo histórico, así como las posibles influencias recíprocas. Asimismo se ha hecho un recorrido por las constituciones españolas, con atención particular a la evolución de los derechos y libertades y la fuerza militar y su legislación derivada mas relevante, para seguir la evolución del tratamiento dado, resaltando los aspectos específicos del estatuto personal de sus miembros, porque

“El Derecho constitucional es, ante todo, Historia, y sus instituciones y su sentido general solo pueden entenderse si partimos de la necesaria referencia a su origen y evolución en las sociedades occidentales de los últimos doscientos años”¹.

El **fundamento** comienza con una visión general de los aspectos de nuestro interés en el ámbito comparado, sigue con el marco constitucional actual en que se mueven tanto las Fuerzas Armadas como los militares y termina con el estudio de las relaciones de sujeción especial y la relación de sujeción especial del militar, como explicación de sus peculiaridades estatutarias. Teniendo muy presente la consideración de que

“La ciencia jurídica no es meramente descriptiva, sino también explicativa y valorativa. Esta función ha de cumplirse mediante consideraciones filosóficas, sociológicas e históricas. A veces la explicación y la valoración solo podrán engendrar una crítica que prepare el camino de la transformación jurídica; pero a veces también, de una manera mas directa, pueden contribuir por sí a determinar el contenido y el alcance de la realidad jurídica”².

La **situación actual** comienza con un repaso del tratamiento internacional de los derechos fundamentales y libertades públicas y termina con un estudio

¹ BALAGUER CALLEJON, Francisco: “Constitución normativa y ciencia del derecho”, en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Volumen Primero*, Tecnos, Madrid, 1997, p.89.

² HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología de la ciencia del Derecho. Tomo V*, (Ed. Inicial de Planeta, 1982), Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1988, p.285.

pormenorizado de cada uno de estos, resaltando lo que es relevante para el militar.

El texto se completa con los **apéndices** correspondientes a abreviaturas, legislación, jurisprudencia y fuentes consultadas.

Es evidente el buen número de **notas** a pie de página, pero se ha optado por este sistema por varias razones; prácticas, para aligerar el texto de precisiones que lo hubieran hecho farragoso, al tiempo que para disponer de mayor libertad para expresar comentarios u opiniones, además de su utilidad para tener un fácil acceso a la fuente; también por honestidad intelectual y respeto por el trabajo de quienes antes abordaron estas cuestiones, indicando quien lo dijo antes o donde lo hemos leído; y en cualquier caso, porque es una técnica útil y diríamos que inevitable para quien se inicia en la tarea investigadora, porque como indica Hernández Gil (comentando la metodología de Carnelutti) respecto a las citas bibliográficas,

“...en los trabajos de investigación propiamente dicha las citas son inevitables, porque en estos trabajos, por lo general, no solo se estudian fenómenos jurídicos, sino el modo como han sido entendidos y elaborados científicamente, de suerte que la ciencia misma se somete a observación”³.

Las principales **fuentes** empleadas han sido: legislación general y específica, doctrina y jurisprudencia. En la revisión bibliográfica efectuada, se han encontrado algunos estudios sobre la cuestión, generalmente como parte de un contexto más amplio⁴. También existen algunos artículos, sobre aspectos puntuales, en revistas y obras colectivas.

³ HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit. p. 275.

“...hay que advertir que el jurista que se inicia ha de propender, naturalmente, a realizar trabajos del primer tipo, muy nutridos de bibliografía, de información, y es incluso en la actividad en que puede dar un rendimiento mas beneficioso para sí y para los demás, aunque esto no signifique que haya de volverse de espaldas a la realidad de los fenómenos. La «manía bibliográfica» es, si se quiere, una enfermedad; pero una enfermedad que hay que pasar. No se debe renunciar de antemano a ella, sino superarla críticamente; después de la crisis el estado patológico del enfermo no es el mismo que antes de padecer la enfermedad. Superado este periodo, cuando la información se solidifica en una verdadera formación, entonces sí deben de esperarse del jurista trabajos en que afronte directamente la realidad a considerar, en la que el primer plano lo ocupe su aportación” (pp.276-277).

⁴ De utilidad para este trabajo, destacan las obras de:

CASADO BURBANO, Pablo: *Iniciación al derecho constitucional militar*, EDERSA, Madrid, 1986.

GARCÍA MACHO, Ricardo: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos S.A., Madrid, 1992.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: *Las relaciones de sujeción especial*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1994.

Con apoyo en el esquema general citado, la **técnica** de trabajo ha consistido en la elaboración de sucesivos borradores de cada capítulo, que se revisaban y retroalimentaban conforme avanzaba el texto, hasta conseguir la forma actual. Así, el ciclo completo de elaboración por cada capítulo ha sido: recopilación de datos - estudio – redacción del primer borrador - presentación al director de la tesis – redacción del segundo borrador. Posteriormente: revisión del conjunto de la tesis – ajustes finales – aprobación del director.

Como **herramientas** de trabajo, ha sido fundamental disponer de los recursos que ofrece Internet, en particular las bases de datos que facilita la página del Boletín Oficial del Estado, para legislación y jurisprudencia, así como las páginas del Congreso y Senado.

Para doctrina, se han utilizado básicamente las bibliotecas del Departamento de Derecho Constitucional y de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad de Granada.

En cuanto a posibles áreas de interés para **estudios futuros**, creemos que aún existe materia de estudio en la época de la Restauración (Constitución de 1876), en la que se acometieron las grandes reformas orgánicas y legislativas de la Fuerza Militar, cuyos efectos aún se reconocen hoy.

En cuanto al futuro, los cambios legislativos actuales y previstos darán juego al investigador y, en el contexto exterior, los avances en la defensa común europea seguramente incidirán en el estatuto jurídico de los militares de los países miembros, por lo que esta es también un área de interés.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba. Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1994.

PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María: *Presupuestos constitucionales de la Función militar en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

ALLI TURRILLAS, Juan Cruz: *La profesión militar. Análisis jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*, Ed. Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, Madrid, 2000.

COTINO HUESO, Lorenzo: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, INAP, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Capítulo Primero

LA FUERZA MILITAR DURANTE EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL

Como cualquier objeto de investigación, las Fuerzas Armadas pueden estudiarse desde diversos ángulos, pero dado que este trabajo se ha enfocado desde el punto de vista del estatuto personal jurídico-constitucional de sus componentes, parece necesario dedicar unas páginas a perfilar aspectos importantes para un mejor encuadre, a través de un apunte histórico de la interacción entre militares y sistema político, así como del proceso de evolución del Ejército, en particular a partir de la Restauración, con base en algunos rasgos y episodios sobresalientes.

Esta opción se apoya en la idea de que extraer el papel de la fuerza militar exclusivamente del análisis de los textos constitucionales históricos, sería una simplificación difícil de sostener, porque a nadie escapa que el texto de la constitución es el eje, nada más y nada menos, sobre el que giran y confluyen diversos factores que generan otros tantos niveles de explicación, que solo tras un esfuerzo integrador pueden configurar un esquema suficiente para la comprensión integral de ese papel. Por esto es necesario extender el estudio de las Instituciones del Estado de relevancia constitucional, incluyendo sus miembros, bien actúen conforme a derecho o por vía de hecho. Asimismo, debe considerarse la realidad social del momento, con su configuración político-ideológica⁵.

“Olvidar la experiencia histórica a la hora de estudiar el Derecho conlleva insalvables insuficiencias. Eludir la Historia y la Política cuando se trata de atender constitucionalmente a las Fuerzas Armadas puede derivar en un grave reduccionismo. Todo lo relacionado con lo militar aparece recogido en las normas con una gran dosis de especialidad; de ahí que parezca cuando menos conveniente buscar explicaciones a esta peculiaridad”⁶.

⁵ En esta línea se expresan SOLE TURA, Jordi y AJA, Eliseo: “Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)”, *Estudios de Historia Contemporánea*, Siglo Veintiuno de España Editores S.A. (19ª edición), Madrid, 2002, pp. 118-119.

⁶ COTINO HUESO, Lorenzo: “El principio de supremacía civil: perspectiva histórica y recepción constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n.º. 17, Valencia, 1996, p.89.

1.1. INTERACCIÓN DE LOS MILITARES CON EL SISTEMA POLÍTICO.

Decir que Ejército y militares, sistema político y políticos, han cruzado sus trayectorias a lo largo del constitucionalismo histórico español, es constatar una realidad, en cuya observación suele aparecer -mas bien pronto- la palabra militarismo, por lo que conviene precisar el concepto y mostrar lo específico del fenómeno para el caso español.

1.1.1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE MILITARISMO.

Las Fuerzas Armadas son una de esas instituciones que es necesario considerar, siquiera sea por su omnipresencia en todas las etapas del desarrollo de las sociedades humanas. Y esto bajo una doble perspectiva; por una parte, la propiamente institucional, como brazo de la administración pública o, remontándonos en el tiempo, como poderoso instrumento al servicio directo del monarca absoluto, lo que las convierte potencialmente en un factor de cambio, evolución o crisis del aparato organizativo público, con la marca diferencial respecto a otras Instituciones de detentar exclusivamente la posesión de la violencia legal del Estado y la posibilidad de ejercerla, en su caso. De otro lado, el elemento humano de las Fuerzas Armadas que, aunque generalmente sujeto por la normativa legal bajo la disciplina que los tiempos permitan, históricamente ha configurado un colectivo en el que los lazos que unen y los desencuentros que separan se viven sin tibieza, siendo sus miembros más bien proclives a la radicalidad basada en la convicción, como no puede extrañar en una profesión cuyas exigencias son igualmente radicales.

La coincidencia de esta doble circunstancia ha hecho que la expresión colectiva de sus opciones sea algo a prevenir y evitar, como un factor especialmente turbador del normal funcionamiento político⁷. Manifestaciones que

⁷ Refiriéndose a la Constitución francesa de 1791, Cotino Hueso subraya que en el primer momento se reconocieron las libertades públicas de los militares, pero que posteriormente se constató la incompatibilidad de la exigencia de neutralidad política con el reconocimiento de libertades públicas al militar, porque “se percibió el riesgo que suponía que las FAS forjasen una

pueden tener base en problemas o disensiones internas y ser instrumentalizadas por parte de alguna facción del juego político.

La intromisión de los militares en la esfera política, bien de forma directa o solapada, mediante variados instrumentos de influencia o presión, aboca al tema del **militarismo**, que es un concepto complejo y de difícil y confusa definición.

En su acepción ordinaria, militarismo significa preponderancia de lo militar y se presta a diversas interpretaciones⁸.

Lleixá⁹ enfoca el militarismo desde el punto de vista de “la militarización de esferas esenciales del Estado y la sociedad civil”. Sostiene que asimilar militarismo a insubordinación del ejército empobrece la realidad y también, que la equiparación de *pretorianismo* con la influencia inmoderada del militarismo en la dirección del Estado es una variante de lo anterior, aún más reductiva al ceñirse a los golpes de Estado y a los regímenes establecidos sobre el simple y directo dominio militar¹⁰.

Respecto a esta cuestión, Headrick pone el énfasis en la generación, por parte del Ejército, de unos intereses de clase que obstaculizan su identificación con la sociedad civil,

“...las organizaciones permanentes formadas por guerreros profesionales han institucionalizado unos intereses que las separan de la sociedad civil: la guerra por descontado, pero también la condición jurídica, la riqueza, el poder y una multitud de tradiciones y de esquemas de comportamiento”¹¹.

En el plano conceptual, considera que el militarismo tiene una sistemática específica y distingue entre sistemática militar, caracterizada por estar orientada a la consecución eficiente de objetivos específicos, a la que atribuye carácter

voluntad distinta a la general y la proyectasen a través del ejercicio de las libertades políticas. De este modo, comenzó a predicarse un principio de neutralidad política que justificaba las progresivas limitaciones de derechos en el estatuto del militar”. De manera que el precepto constitucional “la fuerza pública es esencialmente obediente, ningún cuerpo armado puede deliberar”, expresa el principio de neutralidad y apoliticidad de las Fuerzas Armadas y su sujeción a la voluntad general. COTINO HUESO, L.: “El principio de supremacía civil...”, cit. p. 96.

⁸ Militarismo es “la preponderancia de los militares, de la política militar o del espíritu militar en una Nación”, en una segunda acepción, es el modo de pensar de quien propugna dicha preponderancia. Diccionario Real Academia de la Lengua (DRAE) 22ª edición.

⁹ LLEIXA, Joaquim: *Cien años de militarismo en España. (Funciones estatales confiadas al ejército en la Restauración y el franquismo)*, Barcelona. Editorial Anagrama, 1986, p.10.

¹⁰ En 1917, Unamuno utilizó el término *pretorianismo*, refiriéndose a las Juntas de Defensa Militares, entendiéndolo como la influencia política abusiva por parte de un grupo militar.

¹¹ HEADRICK, Daniel R: *Ejército y política en España (1866-1898)*, Editorial Tecnos, S.A. (Traducción del inglés por Jaime Melgar Botasis), Madrid, 1981, p.13.

científico en la esfera técnica de la mejor práctica profesional, y el militarismo propiamente dicho o sistemática militarista, que superando los meros intereses de clase comprende,

“...una dilatada gama de hábitos, intereses, prestigio, acciones y pensamiento relacionados con los ejércitos y las guerras que, sin embargo trascienden de los objetivos puramente militares [...]. Está constituido de tal forma que puede llegar a coartar y destruir los objetivos de la sistemática militar; su influencia es ilimitada en cuanto a sus fines. Puede incluso impregnar la totalidad de la sociedad y prevalecer dominando todas las industrias y las artes. Prescindiendo del carácter científico de la sistemática militar, las características del militarismo son la casta y el culto, la autoridad y la fe”¹².

En cuanto al campo de acción, distingue entre el militarismo “hacia fuera”, que es el militarismo en sentido puro, expansionista en cuanto a la defensa de sus intereses más allá de las fronteras nacionales y que corresponde mas bien a las grandes potencias o alianzas y el militarismo “hacia dentro” que identifica con el pretorianismo, mas propio de naciones de orden menor que no pretenden hacer ni ganar guerras sino mantener su influencia general en el sistema político, controlar las decisiones que afecten a sus intereses o apoyar a una determinada facción.

Así pues, el militarismo o sistemática militarista puede considerarse una excrecencia patológica producto de la deformación de las funciones normales del Ejército, que lleva a este a pugnar por imponer su voluntad al Gobierno.

Para ser precisos, es conveniente distinguir la llamada “intervención militar” del “militarismo” propiamente dicho. Siendo decisivo para esta distinción, el que las actuaciones encuadradas como intervención no se dirigen a imponer un poder militar a la sociedad, en tanto que en las segundas sí.

Fisas enriquece el concepto al considerar el militarismo desde un punto de vista dinámico, caracterizado por la progresión expansiva de la esfera militar sobre la civil¹³.

¹² Citado por HEADRICK, D. R: *Ejército y política en España (1866-1898)*, cit. p.13, de la obra de VAGTS Alfred, *A history of Militarism, Civilian and Military*, edición revisada, Nueva York, 1967.

¹³ Fisas define el militarismo como “la tendencia de los *aparatos militares* de las naciones (entendiéndolos como el conjunto de las fuerzas armadas, fuerzas paramilitares, inteligencia y agencias burocráticas) a asumir un *sobrecontrol* en la vida y en el comportamiento de los ciudadanos, ya sea a través de los llamados «objetivos militares» (preparación de la guerra, compra de armamentos, fortalecimiento de la industria bélica, etc.), o por medio de los llamados «valores» militares (jerarquización, centralismo, disciplina, conformidad, valor, etc.), instrumentos todos ellos aptos para conseguir un dominio sobre la cultura, la educación, los medios de

Abordando la cuestión desde el punto de vista de la supremacía civil, Cotino Hueso resume en tres los factores básicos que posibilitan la superioridad del poder militar sobre el civil: la falta de organización y articulación de la sociedad civil, la posibilidad de poner en duda la legitimidad del poder civil y el grado de cultura política existente en la sociedad, a menor cultura, mayor posibilidad de intervención militar en la política¹⁴.

En el ámbito comparado, al menos desde la década de mil novecientos sesenta, se mantiene el interés por el estudio de las relaciones civiles-militares y su interacción con los procesos políticos, centrado en dos aspectos, la participación militar en el proceso político en el que se fijan las misiones y los presupuestos, y la participación militar en la política civil¹⁵.

En resumen, puede afirmarse que el militarismo aún está lejos de desaparecer y que sigue siendo una constante en el mundo moderno, aunque puede presentarse bajo distintas apariencias. Si bien el orientado a la acción exterior goza de cierta tolerancia, por razones de defensa, el de acción interior no solo tiene mala reputación, sino que suele estar constitucionalmente proscrito.

1.1.2. EL MILITARISMO EN ESPAÑA.

“Las relaciones entre el poder civil y el poder militar constituyen clave esencial para la comprensión de la historia contemporánea española”¹⁶.

La existencia de la intervención en política del elemento militar durante todo el siglo diecinueve y buena parte del veinte, es algo que no es preciso demostrar. En cambio sí varían las **explicaciones** del origen de este hecho, de sus factores o de cuáles fueron sus elementos principales.

comunicación, la religión, la política y la economía, mediante la utilización de las instituciones, no solo militares, sino sobre todo, las civiles”. FISAS, Vicenç: *El poder militar en España*, Editorial Laia S.A., Barcelona, 1979, p.20.

¹⁴ COTINO HUESO, L.: “El principio de supremacía civil...”, cit. p. 97. También advierte que utiliza la expresión *poder militar*, en sentido sociológico o politológico, no jurídico.

¹⁵ Gwyn Harries-Jenkins y Charles C. Moskos, cifran el origen del creciente interés por estas relaciones entre los científicos sociales en 1956, cuando se publicó *The Power Elite*, en la que C.W. Mills afirmaba que los oficiales militares eran parte de una élite de poder, dentro de la sociedad norteamericana que controlaba la asignación de recursos y el poder, relacionada con el tema del complejo militar-industrial de los años sesenta. Véase en HARRIES-JENKINS, Gwyn & C. MOSKOS Charles, Jr: *Las fuerzas armadas y la sociedad*, Alianza Editorial S.A, Madrid, 1984, p. 85.

Para Lleixá, el esquema predominante en la literatura sobre el militarismo en España, es su contemplación en oposición o lucha con la tendencia contraria, el *civilismo*. Entiende que se ahonda más en el concepto mediante la combinación de la quiebra de la supremacía civil con la militarización del Estado y de la sociedad, fenómeno que no tiene por qué protagonizar exclusivamente el Ejército. Coincide con otros (López Garrido, Ballbé) en que el militarismo anidó en el Estado español por la vía de la militarización permanente de los resortes del orden público, cuya preservación ha sido una misión del Ejército y, aun admitiendo la existencia de un militarismo impulsado por militares profesionales, sobre todo considera el militarismo español como una modalidad “suscitada por el impulso civil, por las realidades estructurales de la formación social española y, en particular, de sus poderes públicos”¹⁷.

Pabón¹⁸ parte de la realidad del predominio de los militares en la vida pública, para comprender y abordar el estudio del siglo XIX español, realidad que se ha tratado de explicar bien sobre la base de la acción personal (Espartero), sobre un hecho (Riego en las Cabezas de San Juan), o sobre un tipo de persona (el guerrillero de la Independencia). Pero no comparte estas explicaciones por estimarlas insuficientes y tópicas, decantándose por atribuir el predominio militar al resultado de la pugna entre civiles y militares, apuntando tres causas que pueden explicar esta realidad. Una bélica, nacida de la primera guerra carlista, en la que sobresalen ciertas personalidades militares que conciben esperanzas de destacar también como políticos, unido a la carencia de auténticas figuras políticas civiles. Otra histórica, mas profunda, por el estado de guerra permanente desde 1808 hasta 1839, lo que plantea la necesidad de un cambio político radical, dirigido por un militar prestigiado en la guerra. Por último, una causa política, por la necesidad de presencia militar en el gobierno para posibilitar la implantación y funcionamiento de un gobierno constitucional.

¹⁶ SECO SERRANO, Carlos: *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984, p.13.

¹⁷ La tesis de Lleixá es que el militarismo no está impulsado solo por militares de profesión, sino también por civiles y esto de forma decisiva. Afirma que el militarismo español es una modalidad del *reactive militarism* que distinguía Janowitz, suscitada por el impulso civil, por las realidades estructurales de la formación social española y de los poderes públicos, en particular. LLEIXA, J.: *Cien años de militarismo en España*, cit. p.14.

¹⁸ PABÓN, J: “El régimen de los generales”, en *La subversión contemporánea y otros estudios*, Narcea, Madrid, 1971, pp. 241-247.

Fernández Bastarreche atribuye la importancia o preponderancia militar durante el siglo diecinueve a la intervención del Ejército en política, de la que fue el más importante protagonista al menos entre 1814 y 1874 si bien se resiste a considerar militarista al Ejército español del siglo XIX, toda vez que sus actuaciones no se dirigen a imponer un poder militar a la sociedad, estimando que existe confusión entre ambos términos, quizás debido a que en los análisis no se ha tenido presente la diferencia entre el militar decimonónico y el actual. Distingue la actuación del Ejército como Institución, de la acción de sus componentes, señalando que el militar del siglo XIX aún sigue el patrón “heroico” de liderazgo personalista, en un entorno muy distinto al actual, en que Ejército y sociedad están mucho más imbricados en sus relaciones. Rechaza pues, la idea de considerar la actuación del Ejército como un todo orgánico y atribuye este equívoco generalizado a la falta de estudios sobre la estructura interna de la organización militar. También rechaza utilizar el término *pretorianismo*, por su utilización tendenciosa y peyorativa.

“A falta, pues, de un término preciso, habremos de contentarnos concluyendo que en la España del siglo XIX se produce una constante intervención militar en la vida política, manifestación anómala, propia de una sociedad con un bajo nivel de cultura política, pero sin que en ningún momento pueda decirse que dicha intervención desemboque en la implantación de un sistema militarista”¹⁹.

También hay quien, como Headrick, establece como presupuesto previo para comprender el militarismo decimonónico español la comprensión del funcionamiento interno del ejército como institución, es decir, su organización, jerarquía, mecanismo de la autoridad, cohesión, fricciones, objetivos y propósitos y su eficacia práctica, historial de transformaciones y reformas, con énfasis en las personas. Sobre el ejército y el militarismo opina que si bien este afectó a la sociedad, nunca llegó a producir cambios profundos en la vida española. Los generales eran más políticos que militares y utilizaban los medios a su disposición para acceder al poder, como los civiles usaban otros; pero una vez instalados, actuaban como civiles y el ejército no se entrometía, salvo crisis puntuales, de

¹⁹ FERNANDEZ BASTARRECHE, Fernando: *El ejército español en el siglo XIX*, Estudios de Historia Contemporánea, Siglo XXI de España Editores, primera edición, diciembre, Madrid, 1978, p.16.

modo que pese al militarismo imperante en el siglo XIX, no hubo un solo gobierno militar.

Otras interpretaciones, explican el hecho militarista más bien como producto natural de una situación de hecho, marcada por la inmadurez o incapacidad de las instituciones políticas para asumir sus funciones, hacerse respetar e imponerse a quienes las atacan. Es decir, que por carecer el poder civil de la fuerza necesaria, es preciso recurrir al apoyo de los militares, convirtiéndose esta, en la razón fundamental para la intervención. Balmes²⁰ explicaba esta debilidad manifiesta del poder civil, como fruto de la incomunicación entre el poder y la nación, causada por la escasa representatividad del sufragio. El problema presentaba dos salidas, destruir la preponderancia militar o fortalecer el trono y el poder civil, siendo partidario de esta segunda solución, por considerar equivocada la primera. Más tarde y en esta línea, Azaña también explicaría el recurso a la autoridad militar en el hecho de su carácter de única fuerza con capacidad de mando y ejecución²¹.

Con reservas, el esquema general del antagonismo civil-militar así planteado podría ser válido para los primeros dos tercios del siglo XIX, cuando lo que subyace es una situación que requiere de una autoridad firme, capaz de dirigir la transición desde un régimen de guerra a uno de paz, sobre la base de un sistema constitucional estable.

²⁰ “No creemos que el poder civil sea flaco porque el militar sea fuerte; sino que, por el contrario, el poder militar es fuerte porque el civil es flaco”. BALMES, Jaime: “La preponderancia militar”, en *Obras Completas*, VII, BAC, Madrid, 1950, pp.569-575.

²¹ “El Ejército servía en España para todo [...], había tomado en España la preponderancia que todos conocíais, no por su culpa, ni de la función militar, ni siquiera de los militares personalmente, [...] sino por la falta de densidad de la sociedad política española, en la cual, desarraigados los organismos del antiguo régimen, cercenadas las autoridades y los prestigios que mantenían la disciplina, resultaba que la autoridad militar era la única fuerza existente, el único resorte de mando y de ejecución de que disponían los débiles gobiernos parlamentarios del siglo pasado para hacerse obedecer y aún para conquistar el poder.” Discurso en las Cortes, marzo 1932. Tomado de AGUADO, Emiliano: *Don Manuel Azaña Díaz*, Biblioteca de la Historia de España, Ed. SARPE, Madrid, 1986, p.246.

Más cerca en el tiempo y en esta misma línea, Cardona opina que “...es característico de la España contemporánea el protagonismo político de los militares, debido en parte a los problemas internos de las instituciones armadas, pero, sobre todo, a la naturaleza de la sociedad española y el retraso de su modernización. La falta de densidad de la sociedad civil, como decía Azaña...”. Véase en CARDONA, Gabriel: *El problema militar en España*, Biblioteca Historia 16, nº 23, Madrid, 1990, p.9.

En esta línea, Payne²² considera que durante el siglo XIX y al menos hasta la Primera República, el Ejército intervino muchas veces en la vida política española como una fuerza de tono liberal, impulsora y/o sostenedora de las reformas, instituciones y avances que los grupos políticos eran incapaces de mantener por defectos de fuerza y cohesión. Las tensiones entre las dos Españas –liberal y anticlerical frente a absolutista y clerical-, alimentadas por la tendencia disgregadora del regionalismo, además de la irresponsabilidad cívica colectiva, abrieron la puerta a la intervención de la única institución poseedora de la fuerza y capacidades necesarias, por lo que el Ejército se encontró en un papel forzoso de poder moderador por razón de las circunstancias, más que por ambiciones personales, las cualidades de sus líderes o la bondad de su organización. Simplemente porque era la única fuerza capaz de apoyar o reprimir a los grupos políticos.

“La historia del ejército español en cuanto institución política se extiende durante 125 años, desde 1814 a 1939, y alcanza su cumbre en la guerra civil de 1936-1939 y durante la *pax armata* de Francisco Franco...”²³.

Abona esta opinión el hecho de que a lo largo del siglo XIX el Ejército fue empleado en conflictos internos y para preservar el orden público, además de en misiones en el exterior (Cochinchina, Méjico) y las guerras coloniales en América, Filipinas y África.

Tras la caída de Isabel II, si bien no cesó el fenómeno del militarismo, desde luego cambió de formas y de signo, evolucionando hacia posturas más conservadoras.

“De una forma muy concreta podemos comprobar que el ejército vino a llenar, efectivamente, un auténtico vacío del poder civil entre 1868 y 1875, primero frente a una monarquía sin base nacional, como consecuencia de un poder escasamente representativo; después frente a un poder civil dominado por múltiples y contradictorias tendencias que, para fortalecerse, quiso mermar la fuerza del Ejército, entendiéndose que ese era el camino para asegurarse la continuidad en el poder”²⁴.

²² PAYNE, Stanley G.: “El Ejército, la República y el estallido de la Guerra Civil”, en Raymond Carr y otros autores, *Estudios sobre la República y la guerra civil española*, Biblioteca de la Historia nº23, Ediciones SARPE, Madrid, 1985, p. 131.

²³ PAYNE, Stanley G.: *Los militares y la política en la España contemporánea*, Ruedo Ibérico, 1986, p. 5.

²⁴ FERNANDEZ BASTARRECHE, F.: *El ejército español en el siglo XIX*, cit. p.8.

En este sentido, Cotino Hueso afirma “la ausencia efectiva de una supremacía civil en España” durante el período de nuestro constitucionalismo histórico, dado que reviste como característica esencial la presencia de un “fuerte militarismo que fue adoptando diversas formas”, con intensidad y causas variadas²⁵.

En cuanto a los **móviles**, a Fernández Bastarreche, le resulta difícil admitir que la actuación de los militares durante el siglo XIX y en particular, el cambio de dirección producido en el *Sexenio Revolucionario* (1868-1875), responda a intereses de clase. En el *Sexenio*, el Ejército deja de defender el liberalismo de las clases medias para enfrentarse contra los partidos republicanos que movían a las clases populares. No cree que esta oposición sea de raíz clasista, como se ha pretendido hacer creer, sino que responde al enfrentamiento entre los partidos republicanos y el estamento militar, surgiendo a partir de 1873 el rechazo hacia el republicanismo por considerarlo antimilitar. Atribuye el brusco giro político producido, al carácter interno del ejército en el que primaba el espíritu de cuerpo, derivado del aislamiento social como subproducto del autorreclutamiento, lo que inclinaba al conservadurismo²⁶.

El hecho es que, tras su participación en *la Gloriosa*, el Ejército fue blanco de los ataques de la oposición republicana en todos los frentes (político y popular), haciendo peligrar la disciplina por la mala situación presupuestaria, las escasas perspectivas de carrera y por el excesivo número de cuadros de mando²⁷.

Con la instauración de la Primera República, se recrudecieron los ataques, lo que no impidió a Salmerón ni a Castelar recurrir al apoyo de un Ejército que hasta entonces había defendido las ideas liberales.

²⁵ Por lo que afirma la ausencia efectiva de supremacía civil en España hasta la presente Constitución de 1978. COTINO HUESO, L.: “El principio de supremacía civil...”, cit. p.100.

²⁶ “...hacia mediados de siglo un 40% de los militares procedían del autorreclutamiento, en tanto que el 60% restante se distribuía en partes muy similares entre clases medias y clases bajas”. No comparte la opinión de Payne, a la que tacha de común, poco fundada y falta de apoyo documental, ya que este atribuye el liberalismo de los militares a que los ingresados en el Ejército, durante el siglo XIX procedían de la clase media, con cuyos intereses se identificaban. FERNANDEZ BASTARRECHE, F.: *El ejército español en el siglo XIX*, cit. p. 9.

²⁷ Agravado a partir de 1839 cuando además se integraron los cuadros carlistas en el ejército isabelino, lo que fue causa de graves problemas de organización interna, originando toda suerte de propuestas de solución para su reorganización, que tenían en común la necesidad de reducir efectivos, ofreciendo alguna salida a los militares excedentes.

Para Sánchez Agesta²⁸, la intervención militar en la política del siglo XIX y en particular durante el reinado de Isabel II, respondió a lo que él denomina “coacción incruenta del poder efectuada desde los altos mandos”, sin que esta coacción llegara al grado de desplazamiento o suplantación del poder político.

Para Cotino Hueso, en la motivación de la intervención militar interactuaron dos factores, la debilidad institucional civil y el ambiente traumático en que se desenvolvía la fuerza militar, pero quizás la clave estuviera en la incapacidad para llevar a la práctica la política militar²⁹.

En cualquier caso, el Ejército actuaba respondiendo a requerimientos ajenos y nunca retuvo el poder en sus manos. Además, para que el intervencionismo obtuviera resultados duraderos, el Ejército necesitaba una cohesión interna que estaba lejos de poseer, porque esta actividad permanente encubría un profundo desorden institucional y una significativa y debilitada eficacia, con divisiones internas evidentes³⁰.

1.1.2. a. El fenómeno de los pronunciamientos.

Para explicar la tendencia general de los militares españoles del siglo XIX hacia el liberalismo, hay que desentrañar una maraña de factores en la que se mezclan ideales políticos con intereses personales o de carrera y la influencia de organizaciones no siempre bien identificadas, que pugnan por la defensa de sus intereses. Tendencia que se fue consolidando con las vicisitudes del siglo, desde una inicial falta de convicciones políticas de la mayoría de los militares, hasta unas posturas mucho más definidas y radicales al final³¹.

Desde la Guerra de Independencia hasta el derrocamiento de Isabel II, los militares intervienen activamente en la actividad política mediante variadas

²⁸ SÁNCHEZ AGESTA, Luís: *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Centro de Estudios Constitucionales, (4ª edición revisada y ampliada), Madrid, 1984, pp.173-182.

²⁹ COTINO HUESO, L.: “El principio de supremacía civil...”, cit. pp. 101-102.

³⁰ Entre 1835 y 1882 se editaban en España al menos 34 publicaciones militares, no oficiales, pero expresivas de los diferentes grupos de intereses en el seno del Ejército. PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. p.13.

³¹ Una síntesis clara de este período puede verse en PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. pp.15-28.

actuaciones agrupadas bajo el nombre común de **pronunciamiento**, además de la presión legal que como todas las instituciones puedan ejercer³².

En sentido amplio, el pronunciamiento es una forma de golpe militar dirigido contra el poder, para introducir en él reformas políticas, que es característico del siglo XIX español, aunque a veces, el pronunciamiento militar solo es el brazo ejecutor de un pronunciamiento civil³³.

Ampliando algo más el concepto, se puede entender el pronunciamiento como alzamiento o movimiento insurreccional, traducido en levantarse contra el Gobierno, declararse contra él o adherirse a algún movimiento revolucionario, aunque esta definición se presta a matices.

“El pronunciamiento debe ser diferenciado con rigor, en el conjunto de los conflictos internos que aspiran a la conquista del poder político mediante la participación de la fuerza armada, mas que por su contenido ideológico, por su estilo de acción”³⁴.

Seco Serrano considera que el pronunciamiento nació entre las filas de un Ejército dividido, como arma contra la reacción absolutista y porque los intereses personales de los militares que se formaron en la guerra 1808-1814 iban ligados al sostenimiento del nuevo orden político³⁵.

³² En un discurso pronunciado en las Cortes, Canalejas señaló que hasta la fecha (1881), había habido 81 pronunciamientos en España. PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. p.13.

Al indagar sobre el porqué esto ocurría aquí y no en otros ejércitos extranjeros, Fernández López considera que la clave no está tanto en la ideología propiamente dicha sino en tres hechos históricos traumáticos y exclusivamente españoles.

- La guerra 1808-14, que proporcionó una base humana compleja a los primeros pronunciamientos: militares hechos en la guerrilla, exiliados que aportaban ideas y financiación, burgueses interesados, etc.

- El Desastre del 98, que significó la pérdida de los restos del Imperio español. Al hecho doloroso de la derrota militar, se sumaba la hostilidad de la opinión pública hacia los militares, extendida hasta la ofensa gratuita.

- La guerra 1936-39, tras la que el Ejército sostuvo al nuevo régimen.

Los tres episodios comparten características comunes en cuanto al hecho en sí de conflicto armado y su influencia en el subconsciente colectivo, especialmente en el militar. También por la carga ideológica que comporta la lucha por defender ideas contrapuestas, llevada al extremo.

Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier: *Militares contra el Estado. España: siglos XIX y XX*, Taurus-Pensamiento, Santillana Ediciones Generales, S.L, Madrid, 2003, pp.265-277.

³³ Busquets define el pronunciamiento como “levantamiento militar que suele ser incruento y se hace a favor de algún partido político o grupo social”. BUSQUETS BRAGULAT, Julio: *El militar de carrera en España*, Ediciones Ariel, S.A, Barcelona, 1984, p. 45.

³⁴ ALONSO BAQUER, Miguel: *El modelo español de pronunciamiento*, Ediciones Rialp S.A, Madrid, 1983, p.29.

También lo distingue de otros fenómenos similares (golpe, motín, levantamiento...), por su tendencia a permanecer a la espera del desenlace favorable sin forzar las cosas.

³⁵ Suscribe la opinión de Artola de que el pronunciamiento surgió de la crisis social del país, que tenía su máxima expresión en el Ejército por el choque entre los partidarios del antiguo orden

Desde el punto de vista del análisis de la existencia o no de militarismo, Fernández Bastarreche resalta que estos pronunciamientos no desplazan al poder civil y propone como ejemplo el pronunciamiento de Pavía (1876)³⁶.

En general, la historia de las rebeliones, pronunciamientos y otros actos de presión de los militares en España, comienza en 1814 y llega hasta 1981, aunque existen discrepancias entre los autores al establecer tanto la tipología de estos actos como su división racional en períodos históricos, por lo que un rasgo común evidente es que no constituyen una categoría de acciones homogéneas que sigan una pauta establecida, puesto que sus motivaciones y resultados son diferentes e incluso faltos de continuidad.

La clasificación de los pronunciamientos y movimientos afines, por períodos históricos, no es uniforme³⁷.

estamental y los que defendían sus logros profesionales en la guerra al socaire del nuevo sistema político que les permitiría ocupar puestos de importancia al margen de su procedencia social, lo que explica el éxito de las ideas liberales en el Ejército. Véase SECO SERRANO, C.: *Militarismo y civilismo...*, cit. pp. 38-40.

³⁶ Que según Payne fue “el primer pronunciamiento apolítico que expresó una interpretación del deber del ejército de salvar al país de la desunión, de la corrupción y de los esquemas teóricos de los políticos profesionales”. PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. pp. 33-44.

F. Bastarreche estima que en este caso es claro que el Ejército no aspiraba a implantar un sistema militarista sino a contener un proceso de degradación política evidente y acelerado y que además, actuó por razones esencialmente profesionales y no por rivalidad de clases. En la misma línea rechaza por insuficiente explicar el móvil del pronunciamiento por ambiciones personales, como sostiene Christiansen, al menos en cuanto al caso de Pavía, disolviendo las Cortes por la fuerza y Martínez Campos, pronunciándose en Sagunto a favor de Alfonso XII. FERNANDEZ BASTARRECHE, F.: *El ejército español en el siglo XIX*, cit. pp.13-14.

Seco Serrano comparte las opiniones de Payne y Alonso Baquer, estimando que aunque el golpe de Pavía ya se diferenció de los pronunciamientos anteriores, alumbrando un nuevo modelo de interferencia militar en lo civil, tuvo la peculiar característica de ser el primer pronunciamiento con apoyo prácticamente unánime del Ejército, casi diríamos institucional y con finalidad reparadora. Véase SECO SERRANO, C.: *Militarismo y civilismo...*, cit. pp. 167-173.

³⁷ = Busquets subdivide esta historia en tres períodos:

- De los *pronunciamientos*, (1814–1886, Brigadier Villacampa). En el que la aristocracia conservadora y la burguesía liberal se disputan la dirección de la sociedad, pugna que dura hasta la Restauración, porque al afianzarse el liberalismo cesan los pronunciamientos, abriéndose un período de relativa tranquilidad.

- De los *golpes de Estado* (1923, Primo – 1936, guerra civil). Aquí la lucha es entre la base de la pirámide social (clase obrera) y su cúspide (aristócratas y burgueses con poderío económico). Es un período de grandes tensiones sociales y crispación, que arrastra a los militares, a la confrontación con los trabajadores y por tanto, a favor de los propietarios y clases medias, en general, “aunque muchos militares, a nivel personal, no se daban cuenta de eso y sinceramente creían estar defendiendo solo la unidad de España y la religión católica”.

- De las *conspiraciones e intentonas* involucionistas, a partir de 1978.

Véase BUSQUETS BRAGULAT, Julio: *Pronunciamientos y golpes de Estado en España*, Editorial Planeta S.A, Barcelona, 1982, pp.13-18.

= Alonso Baquer divide la historia de los pronunciamientos en cuatro Ciclos:

1º. Tiempo de revolución (1820). Pronunciamientos liberales y realistas.

2º. Régimen de los generales (1954). Pronunciamientos militares y manifiestos.

La tipología general de estos conflictos es igualmente compleja³⁸. Aunque, las modalidades de intervención suelen tener en común el hecho de basar su fuerza en el carácter colectivo y pueden subsumirse en dos categorías generales³⁹:

- Rebeliones abiertas, como pueden ser los pronunciamientos y los golpes de Estado.

- Intervenciones indirectas. Como los plante de oficiales, que suelen ser colectivos y pueden manifestarse en forma violenta y tumultuosa (Ley de Jurisdicciones 1906), o corporativa, por medio de reuniones o asociaciones (Juntas de Defensa) y también como peticiones colectivas, en general por escrito. En cambio, las presiones de generales, individuales o colectivas, se ejercen desde una Institución (Ministerio) o desde un Mando militar (Capitanía).

En cuanto a su base ideológica, pronunciamiento no es sinónimo de ideología liberal o progresista, ya que tanto los militares absolutistas como después los conservadores lo usaron como arma política. Incluso existe constancia de al menos un pronunciamiento de impulso regio⁴⁰.

Busquets afirma que como a la colectividad es difícil moverla, es necesario mezclar las razones políticas de fondo con otras motivaciones más próximas a los intereses corporativos, por lo que suelen tener un carácter mixto, entre políticas y profesionales, situándose el plante de oficiales a medio camino entre la presión política de los generales y el motín de la tropa⁴¹.

^{3º}. Tiempo de restauración (1874). Revoluciones y golpes de Estado.

^{4º}. Era de dictadura (1936). Insurrecciones y alzamientos de carácter nacional.

Véase en ALONSO BAQUER, M.: *El modelo español de pronunciamiento*, cit. pp.22-23.

= Para lo relativo a las conspiraciones e intentos habidos a partir de 1978, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.: *Militares contra el Estado. España: siglos XIX y XX*, cit. pp.127-202.

³⁸ Riego "inventó" el término en 1820. De hecho había modalidades varias, desde la declaración, estímulo o amenaza de una determinada facción hasta el clásico golpe de Estado, el menos frecuente, pasando por el *cuartelazo*, la salida de tropas al campo, la rebelión abierta de Unidades, etc. PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. p.15.

- Frente a las definiciones comunes, a veces sinónimos, de pronunciamiento, alzamiento, insurrección, *cuartelazo*, etc. Alonso Baquer fija la tipología general de estos conflictos en cinco clases: motín, pronunciamiento, golpe de Estado, alzamiento nacional e insurrección. Véase ALONSO BAQUER, M.: *El modelo español de pronunciamiento*, cit. pp. 31-32.

³⁹ BUSQUETS BRAGULAT, J.: *Pronunciamientos y golpes de Estado en España*, cit. pp. 42-43.

⁴⁰ El fracasado intento de Fernando VII (7 julio 1822) para, con apoyo en su Guardia Real, abandonar la senda constitucional. SECO SERRANO, C.: *Militarismo y civilismo...*, cit. pp. 51-64.

⁴¹ Cita como ejemplos de plante el de los oficiales de Artillería que, bajo apariencia corporativa, plantearon un problema político que ocasionó la disolución del Arma y la renuncia de Amadeo I al trono. También, los sucesos que originaron la Ley de Jurisdicciones de 1906 o el caso de las

Por otra parte, la mayoría de los pronunciamientos han fracasado y en cuanto a sus pretensiones, mientras que las intervenciones del siglo XIX no pretendían suplantar al poder civil por el militar, sino apoyar instituciones o determinadas opciones políticas, en el siglo XX ya no será así.

1.2. CRISIS, DESCOMPOSICIÓN Y NUEVA VISIÓN DE LA FUERZA MILITAR.

En la primavera de 1808 se desencadenaron una serie de acontecimientos graves e irreversibles que cambiaron el panorama político y social de España de manera que, a partir de Carlos IV, la aparente cohesión del reino claudicó a consecuencia de las tensiones de todo orden a que se vio sometido⁴².

Los cambios afectaron profundamente a las dos principales instituciones de la época, Monarquía e Iglesia, pero mientras que el declive de la influencia de esta se produjo paulatinamente a lo largo del siglo XIX y parte del XX, la Monarquía sufrió una auténtica conmoción por la conjunción de diversos factores⁴³. Pero la crisis no solo afectaba a la institución monárquica sino que lo era del sistema político del Antiguo Régimen, como resultado de la tensión acumulada en el último tramo del siglo precedente⁴⁴.

Juntas de Defensa, que fueron causa directa de varias crisis de Gobierno. BUSQUETS BRAGULAT, J.: *Pronunciamientos y golpes de Estado en España*, cit. p. 38.

⁴² Para Comellas, solo el estudio conjunto de aquella intrincada trama de hechos puede explicar las causas y la naturaleza de la crisis del Antiguo Régimen en España y enumera los siguientes: 1) La invasión francesa y el intento napoleónico de convertir a España en país satélite. 2) El levantamiento de los españoles en una guerra especialmente cruenta. 3) La convocatoria de las Cortes de Cádiz y su decisión de alumbrar un Nuevo Régimen. 4) La pérdida de la mayor parte del Imperio español. 5) Y como consecuencia de lo anterior, el desencadenamiento de la mas grave crisis económica sufrida desde el siglo XVII. Véase en COMELLAS, José Luís: *Historia breve de España contemporánea*, Ediciones Rialp S.A, Madrid, 1989, pp.30-54.

⁴³ “La incompetencia del rey, la perniciosa influencia de la reina, la impopularidad de un favorito inteligente pero excesivamente ambicioso, la oposición de grupos aristocráticos y grupos con intereses regionales, la polarización política favorecida por la revolución francesa, una política internacional débil y desastrosa, se aunaron para quebrantar la aparente unidad fraguada por el despotismo ilustrado”. PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. p. 3.

⁴⁴ Fernández Segado estima que los factores generadores de esta tensión social fueron el aumento demográfico, el clima de depresión económica, la mentalidad reformista de los Borbones ilustrados y la concreta coyuntura histórica de España y la Francia revolucionaria. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Las Constituciones históricas españolas.(Un análisis histórico-jurídico)*, Cívitas (4ª edición revisada, ampliada y corregida), Madrid, 1986, pp.27-30.

La principal causa externa fue el influjo revolucionario francés, pero en realidad la invasión napoleónica no hizo más que agravar el colapso interno a que había llegado la monarquía, por sí misma.

Así como la independencia nacional se recobró por la fuerza (1808-1814), la unidad institucional monárquica se perdió para siempre. Pero no era solo el sistema político el que claudicaba, sino que además se abrieron las puertas del juego político a la aplicación práctica del pensamiento ilustrado, presente y activo en España desde el reinado de Carlos III, si bien en cuestiones de orden económico y administrativo, al que ahora se le presentaba la oportunidad histórica de actuar sin el freno o restricciones propias del poder real absoluto.

Desde su formación en el siglo XV, por los Reyes Católicos, hasta la Guerra de Independencia, el Ejército español presentaba una hoja de servicios sin relación con la política y marcada por una total subordinación a la autoridad real. Tras su época de esplendor, en la segunda mitad del siglo XVII comenzó un declive lento pero continuo solo interrumpido en el reinado de Carlos III, durante el que se dictarán unas nuevas Ordenanzas militares (1768) expresivas del fuero militar⁴⁵.

Hasta comienzos del siglo XIX, la nobleza y el alto mando militar iban emparejados por confundirse calidad personal y cargo, así que los puestos jerárquicamente más altos de la milicia recaían inevitablemente en determinados segmentos estamentales o en familias aristocráticas, de modo que estos mandos militares intervenían en política más por su condición de nobles que por la de jefes militares. Intervención que traía causa del insuficiente desarrollo de la administración civil del Estado, lo que provocaba la actuación de ciertos mandos militares (Capitanes Generales) en áreas claramente ajenas a la esfera militar, pero cuyas competencias tenían atribuidas. El amplio abanico de cometidos asignados a estos jefes, desde el mantenimiento del orden hasta las obras públicas, acarrea su implicación en el gobierno de la sociedad civil, pero esta

⁴⁵ Ordenanzas “que no eran sino una recopilación legal de las muchas que se hacían en aquella época, aunque con dos innovaciones debidas a la Ilustración; por una parte, en ellas cedían los privilegios de la sangre a la personal valía del individuo; por otra, significaban una ruptura con el espíritu religioso y un triunfo del laicismo frente al tradicional espíritu católico de los Ejércitos de España”. BUSQUETS BRAGULAT, J.: *El militar de carrera en España*, cit. p.19.

injerencia era más resultado de la atención a las necesidades prácticas de la vida ordinaria que de un supuesto afán interventor⁴⁶.

No obstante, Fernández Bastarreche critica esta opinión común de vincular a la profesión militar con el estamento nobiliario durante el Antiguo Régimen y con las clases medias a partir de la Guerra de Independencia⁴⁷. Avala esta teoría el hecho de que la cuestión de la exigencia de pruebas de nobleza para ostentar ciertos empleos militares en ejército y marina, se debatió durante años tras el fin de la guerra 1808-14⁴⁸.

La Guerra de Independencia cambió muchas cosas y al Ejército también⁴⁹. Comenzó con una revuelta popular, durante la cual la cadena de mando no funcionó. En la primera parte del conflicto aún se mantuvieron Unidades regulares reforzadas con milicias y voluntarios, que consiguieron algunos éxitos iniciales

⁴⁶ La Monarquía absoluta acumulaba todo el poder, que delegaba en quienes ocupaban cargos públicos, pero los *borbones* querían recuperar este poder en su forma primitiva, para lo que emprendieron una decidida acción centralizadora para configurar España como una unidad efectiva sobre la que ejercer ese poder absoluto. Esto implicaba la supresión de los fueros y privilegio de los viejos reinos, por vías como los Decretos de Nueva Planta (Felipe V) y una racionalización de la estructura administrativa. En este contexto, el Ejército es llamado a intervenir en la vida pública, así, de las dos instituciones básicas de la Administración territorial, que eran las Capitanías Generales y los Intendentes, los Capitanes Generales “asumen también la Presidencia de las Reales Audiencias, militarizándose así la cúspide de la Administración de justicia”. Véase MORALES, Antonio: “Los orígenes de la Administración Pública Contemporánea”, en Morales Moya, Antonio y Esteban de Vega, Mariano (Eds.), *La historia contemporánea en España*, Primer Congreso de Historia Contemporánea, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996, pp. 55-59. En esta línea se expresa también BUSQUETS BRAGULAT, J.: *Pronunciamientos y golpes de Estado en España*, cit. pp. 47-50.

Véase en su totalidad, ANDÚJAR CASTILLO, Francisco: *Los militares en la España del siglo XVIII. Un estudio social*, Biblioteca *Chronica nova* de estudios históricos. Universidad de Granada, 1991. Esta obra presenta el marco institucional de la organización militar española del siglo XVIII y en ella se hace un estudio socioprofesional detallado sobre la oficialidad del Ejército estamental y de la relación de los militares con la sociedad.

⁴⁷ Respecto a la primera, opina que es un aspecto no bastante investigado y que “la creencia en una vinculación casi total del ejército con el estamento nobiliario en el contexto del Antiguo Régimen es, sobre todo, consecuencia de una legislación mal o parcialmente interpretada, así como de una falta de consultas sobre las fuentes oportunas”. En cuanto a la identificación con las clases medias, aunque la desaparición del Antiguo Régimen se produjera oficialmente en los comienzos del reinado de Fernando VII, la “confusión de estados” no se produjo hasta el segundo tercio del siglo XIX. FERNANDEZ BASTARRECHE, F.: *El ejército español en el siglo XIX*, cit. p.103.

⁴⁸ Los Reales Decretos de 21 y 28 septiembre 1836 suprimen definitivamente las pruebas de nobleza para el ingreso en el Ejército y la Marina, lo que no significa que hasta ese momento fuera inexcusable la nobleza para la carrera de las armas. Véase PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. pp. 103-123.

⁴⁹ Comellas establece de manera concisa y clara las características diferenciales del Antiguo y del Nuevo Régimen, no solo en sus aspectos políticos, sino también extendiéndolos a todas las formas de la vida humana, mentalidades y comportamientos, precisando las características más notables de ambos en sus aspectos político, ideológico, institucional, social y económico. Véase en COMELLAS, J. L.: *Historia breve de España contemporánea*, cit. pp. 20-25.

(Bailén, julio 1808), pero tras la intervención personal de Napoleón (otoño 1808), la guerra se endureció y se extendió (ejército expedicionario británico en la Península), constituyéndose un nuevo ejército con los restos del naufragio y las nuevas incorporaciones, aunque actuando en grandes fracciones autónomas y carente de un mando unificado. Terminada la guerra y licenciada la tropa excedente, quedó un hipertrofiado cuerpo de oficiales reacios a volver a las difíciles condiciones de la vida civil, lo que unido a las lógicas restricciones presupuestarias diluyó la eficacia de las Unidades por escasez de recursos. En el *trienio liberal* (1820-1823) se intentó la reorganización del Ejército y a tal efecto, las Cortes de Cádiz aprobaron la Ley Constitutiva del Ejército (1821), pero la restauración absolutista impidió su funcionamiento.

Hasta entonces, la sujeción del Ejército había sido absoluta a la persona del Rey y al servicio de los intereses dinásticos, en una sociedad netamente estamental, por lo que no hay lugar para hablar del estatuto personal de sus miembros, que estaban sujetos al fuero militar en su expresión más estricta.

Esta estructura social del Ejército, se derrumbó por causa de la Guerra de Independencia, ya que las necesidades bélicas y el carácter del conflicto hicieron decaer el privilegio de nobleza ante la necesidad de disponer de personas competentes para el ejercicio militar. Cambio que tendría graves consecuencias cuando, terminado el conflicto, Fernando VII pretendió volver al modelo estamental y clasista anterior a la guerra, lo que empujó a los militares hacia el liberalismo, más proclive a sus intereses, corriente que era favorecida desde tres frentes: los antiguos guerrilleros, los jóvenes formados en las academias militares durante la guerra y los que estuvieron prisioneros en Francia⁵⁰.

En general, las reformas militares previstas coincidieron con las épocas de predominio liberal, ya que cuando Fernando VII decidió adoptar alguna medida organizadora lo hizo con un marcado carácter regresivo⁵¹.

⁵⁰ En esta línea, BUSQUETS BRAGULAT, J.: *Pronunciamientos y golpes de Estado en España*, cit. pp. 52-55.

⁵¹ Es muestra del absolutismo reaccionario el hecho de la virtual disolución del Ejército por Fernando VII al comienzo de la *década ominosa* (1824), cuando reemplazó el ejército regular por los "voluntarios realistas" y 45.000 soldados contratados a Francia hasta 1828, además de la apertura de expedientes de depuración a los oficiales del Ejército, así como la disolución del Arma de Artillería (primera), a causa de las ideas políticas avanzadas de la mayoría de sus oficiales.

1.3. LA RESTAURACIÓN Y LA ORGANIZACIÓN MILITAR.

Pese a fracasar, el precedente de la rebelión del Cuartel de San Gil (26 junio 1866) animó a los revolucionarios porque pudieron comprobar su fuerza al constatar lo cerca que estuvieron de triunfar⁵².

La acción conjunta del Ejército (Prim) y la Marina (Topete) destronó a Isabel II y abrió el escenario político a nuevos actores.

En el escenario de la Restauración, el sistema político integraba las dos fuerzas liberales hasta ahora en disputa, la moderada y la exaltada, y su flexibilidad le permitía absorber o eliminar otros elementos más extremistas. Tras el paréntesis de Amadeo I y la Primera República, Cánovas sabía que la pervivencia del nuevo régimen dependía del apoyo de los grupos de poder existentes, entre los que figuraba el Ejército, sin liderazgo desde la muerte de Prim. Necesitaba controlar la influencia de los militares en los asuntos públicos y a esta labor contribuyó Alfonso XII, que con su proximidad a lo castrense sosegó los ánimos, por lo que el Ejército se mantuvo en actitud discreta. También influyó Cánovas mediante el oportuno control de los nombramientos, la renovación de la cúpula militar, la política de atracción y prestigio para estos practicada por el gobierno y otras medidas en sentido restrictivo⁵³. Aunque no se le ocultaban los riesgos de promocionar un “rey militar” que identificara sus intereses y prestigio con los del Ejército, como era el posible uso instrumental de la Corte por parte de los generales, con lo que se corría el riesgo de volver a situaciones pasadas. Pero lo importante fue que como Cánovas y Sagasta no solicitaron el concurso de los militares, estos perdieron una de sus armas del pasado, “las peticiones de ayuda

También, por Real Orden de 6 octubre 1827, se dispone la realización de las pruebas de nobleza. El Ejército se reorganiza por Real Decreto de 31 mayo 1828. Véase en BUSQUETS BRAGULAT, J.: *El militar de carrera en España*, cit. pp.22-26.

⁵² “...la sublevación tuvo un gran peso en la crisis que se avecinaba al provocar la radicalización de los políticos, sembrar la discordia entre la clase dirigente y alinear a los generales”. HEADRICK, D. R.: *Ejército y política en España (1866-1898)*, cit. p.153.

⁵³ Como la Real Orden de 4 febrero 1875, por la que imponía a todos los militares el deber de abstenerse de participar en las luchas entre partidos, orden que se reiteró en años sucesivos y que también fue recogida en la nueva Ley Constitutiva del Ejército (1878).

a los políticos”. Por otra parte, la participación militar y la defensa de sus intereses ya se canalizaban a través de las Cortes⁵⁴.

En la etapa final de la Restauración, Cánovas comenzó a apreciar el papel del Ejército como defensor del sistema, que se configuraba ya como contrarrevolucionario contra “las ilegales tentativas del proletariado”⁵⁵.

Lo cierto es que se produjo una evolución desde el inicial apartamiento del Ejército de la escena política, hasta la consolidación de este como una especie de *cuarto poder* autónomo respecto a los otros poderes públicos, que se sentía por encima de políticos y gobierno y que actuaba en un ámbito de decisión reservado al monarca, a través del cual se unían las facetas civil y militar de la administración del Estado⁵⁶.

Por otra parte, la configuración adquirida por el Ejército durante la Restauración, tanto en organización como en cometidos, se mantendrá en lo esencial y tendrá efectos a largo plazo.

“Para resumir, la Restauración legaría al siglo XX varios rasgos estructurales que, excepción hecha de la II República, seguirían persistiendo durante largos decenios; entre estos rasgos destacan: la singularidad de las relaciones entre el Jefe del Estado y las Fuerzas Armadas; la concentración por estas de los principales recursos públicos de seguridad; el protagonismo militar frente a la subversión; la función política unitaria desempeñada por el aparato militar. Es decir, la militarización integral de los resortes de seguridad del Estado, así como la

⁵⁴ En las Cortes de 1879, había 31 militares entre los 375 diputados.

En el año 1882 se creó la Academia General Militar (1ª época) en Toledo, que fue disuelta en 1893.

⁵⁵ Véase PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. pp. 218-225.

⁵⁶ Lleixá señala que esto era parecido a lo que ocurría en Europa, pero con ciertas peculiaridades españolas, como era la figura del Rey-soldado como cabeza del Estado, la relevancia del Ejército en la preservación del orden político y social establecido, así como la absorción por este de los aparatos de seguridad del Régimen. LLEIXA, J.: *Cien años de militarismo en España*, cit. p. 66.

Según Payne, desde el principio de la Restauración, el Ejército y sus oficiales, en tanto grupo de presión, se alejaron del escenario político, pero esta situación cambió entre 1906 y 1923 por la influencia de cuatro procesos principales: 1) El desarraigo institucional y el malestar psicológico de los militares. Por la escasa potencia militar comparativa con otros europeos. Por los bajos sueldos, aún dedicándose la mayor parte del presupuesto a pagar nóminas. Por la presión política sobre la Institución para que mantuviera unas capacidades hacia el exterior y una fortaleza hacia el interior que excedía sus posibilidades. 2) La reacción provocada por los movimientos regionalistas catalán y vasco, vistos como amenaza a la unidad de España, que además manifestaban hostilidad hacia los militares. 3) El crecimiento de los movimientos obreros revolucionarios durante los años veinte (siglo XX), con el recurso a las Unidades militares, con frecuencia creciente, para imponer el orden en los momentos críticos. 4) La frustración por las dificultades para ejecutar la misión de ocupación y pacificación del Protectorado español en Marruecos, que no quedó definitivamente resuelto hasta 1928, a costa de sangre y esfuerzo, con episodios humillantes como el desastre de 1921 y derivaciones como el advenimiento de la dictadura de Primo de Rivera en 1923. PAYNE, S. G.: “El Ejército, la República y...”, cit. pp.132-133.

militarización profunda de la unidad de este y del fundamento inmediato de una institución medular del régimen, a saber: la Corona”⁵⁷.

En lo interno, tras los primeros años empieza a cambiar la actitud de los militares, según se refleja en las publicaciones profesionales, dedicadas a cuestiones técnicas más que a temas políticos, en las que no obstante afloran inquietudes de otro orden. Así, el partido republicano progresista de Ruiz Zorrilla consiguió poner en pie la Asociación Republicana Militar (ARM), asociación secreta abierta a todos los empleos militares que, basándose en el descontento existente, promovió desórdenes en varios puntos de España⁵⁸.

A partir de la *Gloriosa* decayó la alianza entre la clase media y la aristocracia, con el apoyo disputado de los militares, y los movimientos periféricos (regionales, coloniales) y sociales comenzaron a amenazar la cohesión nacional. En estos años se produce un cambio sustancial, porque hasta entonces el Ejército no se había identificado en bloque con ninguna de las fracciones políticas en pugna, aunque parte de sus mandos o miembros más inquietos sí lo hicieran con frecuencia⁵⁹.

El reforzado espíritu de cuerpo y el creciente distanciamiento con la sociedad civil, son el caldo de cultivo sobre el que se plantea el conflicto de jurisdicciones con hechos consumados, con la pretensión militar de extender la jurisdicción de sus tribunales a las críticas hechas al Ejército y publicadas en los periódicos, desembocando el conflicto en la aprobación de la Ley de Jurisdicciones (23 marzo 1906), que ampliaba la militar para entender de las injurias contra el Ejército con independencia de su autor o medio de expresión, es decir, por estricta razón del delito⁶⁰.

⁵⁷ LLEIXA, J.: *Cien años de militarismo en España*, cit. p.71.

⁵⁸ Seco considera a Ruiz Zorrilla como “el inútilmente incansable promotor de los últimos movimientos militares en el siglo de los pronunciamientos”, fundó en 1883 su Asociación Republicana Militar, con débil infraestructura, que tras varios intentos, fracasó definitivamente con el pronunciamiento del brigadier Villacampa en 1886. SECO SERRANO, C.: *Militarismo y civilismo...*, cit. pp.201-204.

⁵⁹ Fernández López explica el giro desde el liberalismo democrático hacia el conservadurismo en la acción de los líderes del primer socialismo, que al inculcar a las masas el desprecio por cualquier forma de autoridad, incluido el Ejército, provocaron en este una reacción “corporativa y conservadora”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.: *Militares contra el Estado. España: siglos XIX y XX*, cit. p.70.

⁶⁰ El Código de Justicia Militar de 1890 permitía a la jurisdicción militar conocer y juzgar todos los delitos y faltas contra la autoridad militar, excepto los originados en publicaciones civiles.

Por otra parte, el empleo sistemático del Ejército para preservar el orden público en las manifestaciones de la lucha de clases le granjeó el odio de las clases populares urbanas. También se produce la guerra con Marruecos (1893) y se pierden Cuba, Filipinas, Puerto Rico y otros enclaves del Pacífico, cerrándose una etapa de nuestra historia tras la que el sistema de la Restauración dio muestras de agotamiento. Se agudizaron las luchas entre centro y periferia, entre clases y profesiones. Cada español tenía su fórmula, su solución regeneradora y los militares también, con la diferencia de que, por primera vez, se vieron a sí mismos como llamados a regenerar una sociedad y un sistema político en crisis, anunciando con esto algunas actitudes del próximo siglo XX⁶¹.

1.3.1. LAS REFORMAS MILITARES.

El Ejército no podía quedar al margen de las reformas que durante la Restauración se operarían en la organización general del Estado⁶².

Aparecen los grandes reformadores del Ejército de la Restauración⁶³.

Martínez Campos creó la Academia General Militar (1882) con el propósito de cohesionar los Cuerpos facultativos y las Armas generales, unificando su procedencia. Su segunda reforma de importancia fue la creación de la Escala de Reserva Retribuida, que permitía a los procedentes de tropa llegar a oficiales sin pasar por las Academias, con lo que se intentaba estimular la profesionalización.

El Ministro de la Guerra, general Cassola (1887), elaboró una serie de reformas importantes y bien maduras que contenían dos grandes proyectos iniciales: promulgar una nueva Ley Constitutiva del Ejército y la creación de un Banco militar de préstamos. Con la primera pretendía definir y estructurar la orgánica del Ejército y, con el Banco, resolver las malas condiciones económicas y sociales que soportaban los militares. El plan de reorganización presentado a las Cortes estaba elaborado con criterios de racionalidad, eficacia y justicia, con

⁶¹ En esta línea, PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. pp. 249-258.

⁶² Seco asienta el programa de Cánovas para la Restauración en cuatro fundamentos: 1) La pacificación ideológica y militar (tercera guerra carlista, Cuba). 2) La organización del bipartidismo, polarizando las fuerzas políticas de la derecha y los protagonistas del sexenio revolucionario. 3) El establecimiento de reglas de juego para el turno pacífico de partidos en el poder. 4) Democratización del régimen y consolidación del *civilismo*. SECO SERRANO, C.: *Militarismo y civilismo...*, cit. pp. 201-202.

⁶³ Véase SECO SERRANO, C.: *Militarismo y civilismo...*, cit. pp. 204-217.

un tono general ciertamente rupturista. El contenido del proyecto de Ley Constitutiva era polémico porque, entre otras medidas, suprimía el Cuerpo de Estado Mayor, implantaba el servicio militar obligatorio y eliminaba el dualismo en la concesión de los empleos militares. En general, se le opusieron los generales y los Cuerpos facultativos, mientras que los oficiales jóvenes y los soldados lo defendieron. Pero Sagasta no se arriesgó a comprometer su futuro político en una confrontación directa con los generales así que, tras un año de debates, Cassola fue cesado con un pretexto y su plan fue olvidado, aunque algunos fragmentos se fueron rescatando en años posteriores⁶⁴.

López Domínguez actualizó la división territorial de la Península y Ultramar⁶⁵. Fueron otros puntos centrales de su reforma (1892-1893), la reorganización de la fuerza en divisiones y la actualización de las situaciones de reserva y retiro.

En su segundo mandato, el General Luque consiguió la aprobación de la Ley de Servicio Militar (27 febrero 1912), que generalizó la prestación del servicio suprimiendo la sustitución personal y la redención a metálico, aunque permitió la reducción del tiempo en filas mediante el sistema de cuota.

En general, con los intentos de reforma se intentaba corregir algunos defectos particularmente graves de la política de personal, junto a otros puramente estructurales como la reforma y extensión del servicio militar a todos los españoles o el despliegue regional de las Unidades⁶⁶. Reformas que, ante la abierta hostilidad de la jerarquía militar y otras partes interesadas, solían quedar limitadas a lo que se entendía esencial, a cuestiones puntuales como la política de ascensos. Pero tras el Desastre de 1898, la necesidad de reformar se hizo imperativa.

1.3.2. LAS JUNTAS DE DEFENSA.

⁶⁴ Véase PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. pp. 234-239.

⁶⁵ Dividió a España en siete Regiones Militares, prescindiendo de la coincidencia entre Capitanías y reinos o regiones históricas.

⁶⁶ Por ejemplo, se pretendía adoptar como criterio para los ascensos la rigurosa antigüedad, suprimir la dualidad de empleos, unificar las procedencias o modo de acceso al empleo de oficial, prorratear las vacantes de general entre todos los Cuerpos, etc.

Tras la Ley de Jurisdicciones (1906), el fenómeno de las Juntas de Defensa constituye otro hito en la progresiva injerencia del Ejército en la política. Las Juntas nacen en una fecha concreta, pero no como un movimiento espontáneo sino como explosión de una situación de tensión cuyos **orígenes** son complejos.

Durante los años posteriores al establecimiento del Protectorado de Marruecos y la Primera Guerra Mundial, en el ámbito interno preocupaban a los militares los bajos sueldos y la lentitud de los ascensos, junto al rechazo del favoritismo que promocionaba a algunos oficiales. Se perfilaba claramente la clasificación de los militares en dos categorías, según optaran por una vida sin sobresaltos en las guarniciones peninsulares, aunque corta en sueldo y en expectativas de ascenso, o bien por destinos en Marruecos, lo que ofrecía ascensos rápidos y un mejor pasar económico, aunque con más incertidumbres.

El aspecto económico de la cuestión de las **plantillas** de personal es el eterno escollo contra el que se estrellará cualquier intento de reforma de la organización militar. Su origen cabe situarlo en la incorporación, a las escalas permanentes, de la masa de oficiales que produjeron las guerras civiles y las extrapeninsulares. La confusión de disposiciones sobre reducción de plantillas, condiciones de aptitud para el ascenso, edades de retiro y bases para la reorganización del Ejército, generaba un profundo y visible malestar entre los cuadros.

En el caso de los **ascensos**, el criterio de antigüedad que se aplicaba en las escalas se prestaba a confusión porque las excepciones e interpretaciones interesadas o erradas, inutilizaban la regla. Para soslayar estos inconvenientes, los Cuerpos facultativos (Artillería e Ingenieros) adoptaron el sistema de escalas cerradas, defendiendo a ultranza el ascenso exclusivamente por antigüedad.

Se agravó la tensión entre Armas y Cuerpos por la política de **recompensas**, en particular por los ascensos por méritos de guerra, por darse la impresión de que se aplicaban criterios poco claros para otorgar condecoraciones y otras recompensas. Así, cuando desapareció el *dualismo*⁶⁷, los pertenecientes a

⁶⁷ El *dualismo* nacía de la distinción entre empleo y grado, con incidencia económica y en los ascensos. El “empleo” efectivo llevaba aparejada la paga entera y otros efectos, en tanto que el “grado” podía obtenerse bien como recompensa, bien simultáneamente con el empleo. De manera que una misma persona podía ser Capitán efectivo de Artillería y poseer también el grado de Comandante de Infantería. Normalmente el grado de inferior categoría correspondía a los Cuerpos facultativos (Artillería e Ingenieros) y el superior, a las Armas de Infantería y Caballería. Véase en

los Cuerpos facultativos se sintieron perjudicados respecto a sus compañeros de las Armas generales, porque mientras que estos hacían carrera gracias a los ascensos por méritos de guerra, ellos habían de conformarse con una condecoración (Cruz de María Cristina) que se les concedía en lugar del ascenso.

A la delicada cuestión de los ascensos se unió lo irregular de la normativa de **destinos**⁶⁸.

Todas estas cuestiones crearán el ambiente base del malestar de los militares, provocando el fenómeno juntero y otros sucesos que ahondarán la crisis de la Restauración.

Las **causas** lejanas las generaba el ambiente de confrontación e insatisfacción profesional, pero la causa inmediata y punto de inicio del movimiento juntero puede fijarse en la aplicación del Real Decreto de 4 enero 1916, “disponiendo ejercicios para sostener y acrecentar las condiciones físicas y militares de los Generales, jefes y oficiales”, lo que provocó un ambiente de protestas ante algo que se consideraba humillante y que, en la guarnición de Barcelona, cristalizó en la formación de juntas de oficiales de Infantería y Caballería (enero de 1917) y de otras similares organizadas en la mayoría de las guarniciones⁶⁹. Así, lo que desde el punto de vista del Ministerio era un paso necesario para la mejor gestión de personal, sobre la base de unos datos objetivos proporcionados por la superación de determinadas pruebas físicas e intelectuales para el ascenso, fue interpretado por los destinatarios de dichas pruebas como algo intolerable⁷⁰.

CHRISTIANSEN, C.: *Los orígenes del poder militar en España (1800-1854)*, Aguilar S.A, Madrid, 1974, pp. 172-175.

⁶⁸ Hasta 1917 no existió regulación legal para la provisión de destinos.

⁶⁹ El Real Decreto, en realidad desarrollaba la previsión contenida en la Ley Constitutiva del Ejército de 1878, que en su Artículo 32 contemplaba entre las causas por las que un Oficial podía ser pasado a la situación de retirado “por causas graves consignadas en expediente gubernativo”, que resolvería el Gobierno, previa audiencia del interesado y consulta del Consejo Supremo de Guerra y Marina. El Real Decreto disponía que los Capitanes Generales de las Regiones Militares debían imponer la práctica de una serie de ejercicios a sus Generales, Jefes y Oficiales subordinados, para “sostener y acrecentar la instrucción y condiciones físicas y militares”, de modo que cuando de ello resultara que alguno “no se encontrara en las condiciones de aptitud necesarias para el servicio activo, dispondrá el Ministro...” su pase a reserva, retirado o baja en el Ejército, según los casos. Véase en la Colección Legislativa del Ejército, año 1916, nº 5, pp.10-12.

⁷⁰ *La Correspondencia Militar* publicó un artículo sin firma el 29 mayo 1917 en el que daba noticia del movimiento militar en Barcelona, enumerando las reivindicaciones que han sido origen del quebranto de la disciplina y que resume en: indefensión nacional, falta de organización militar, carencia de material, desorientación del alto mando, abandono de la instrucción, favoritismo, injusticia de las recompensas, poder de las influencias en la concesión de destinos,

Según Puell de la Villa⁷¹, aunque los **antecedentes** se cifran en las recompensas generosamente otorgadas en la campaña de Melilla (1909)⁷² y en las pruebas de aptitud del Real Decreto de 4 enero 1916, estos no dejan de ser hechos anecdóticos, porque la raíz del fenómeno de las juntas está en la pérdida de confianza de la oficialidad española en la capacidad del sistema político vigente para dar salida a sus aspiraciones. Además de la toma de conciencia de su capacidad, como grupo de presión, para arrancar concesiones al poder político cuando presentaban sus problemas de forma unitaria.

Los **objetivos** del movimiento eran confusos, en principio, aunque entraban en el ámbito de las reivindicaciones de carácter profesional, pero con una tendencia expansiva hacia la esfera política en demanda, quizás un poco ingenua, de responsabilidad en el tratamiento público de la Institución militar y de respeto para sus miembros.

“Los objetivos de las juntas eran bastante vagos; en general, las juntas se oponían a los africanistas, a los ascensos por méritos de guerra, a la camarilla palaciega y a los generales. Los miembros de las juntas pedían mayor justicia en las recompensas, salarios más elevados y facilidades de acceso ante el rey. Se oponían hostilmente a los políticos parlamentarios quienes, según ellos, eran responsables en gran medida de los males del gobierno y del ejército. Creían que el gobierno y el pueblo debían tener mayor respeto a los militares, cuya misión era servir de columna vertebral del país, ser el árbitro nacional. Los problemas profesionales tales como lo inadecuado de la instrucción militar y del material venían después en la lista de quejas de las juntas y a veces ni siquiera eran mencionados”⁷³.

La **organización** en Barcelona de una Junta superior, que se atribuía la representación mayoritaria de los oficiales de Infantería y Caballería de las guarniciones peninsulares, como un mando en la sombra, llegó a provocar

amortizaciones “ilegales”, irreflexivos propósitos de rebaja de edades, exagerada reducción de plantillas y situación económica de la oficialidad.

También, *La Correspondencia Militar* de 8 Junio 1917, en el Artículo “El malestar militar. Recordando antecedentes”, trata las causas que motivaron la aparición de las Juntas de Defensa: “causas de orden moral, de orden profesional o técnico y de orden económico, agravadas por los acontecimientos concretos del desastre del 98, la campaña de Melilla de 1909, la prolongación del conflicto marroquí y la incidencia externa de la guerra europea”.

⁷¹ PUELL DE LA VILLA, Fernando: “Las Fuerzas Armadas en la crisis de la Restauración. Las Juntas Militares de Defensa”, en Hernández Sánchez-Barba, Mario y Alonso Baquer, Miguel (directores), *Las Fuerzas Armadas. Historia institucional y social*, Volumen 5, Capítulo 19, Ed. Alhambra, Madrid, 1986, pp. 81-82, 88 y ss.

⁷²Según Puell, una de las campañas mas recompensadas de nuestra historia militar, al menos en Marruecos: 53 cruces laureadas, 7 ascensos a Teniente General, etc. PUELL DE LA VILLA, F.: “Las Fuerzas Armadas...”, cit. p.112.

inquietud, agravada por la evidencia de que estas caminaban hacia una “Unión de Juntas”⁷⁴.

El Gobierno se inquieta y ordena al Capitán General de Barcelona que disuelva la Unión y Junta de Defensa del Arma de Infantería. Hay un trasiego de cartas, órdenes y telegramas, pero la Unión no se disuelve, aumentado su posición de fuerza y enfrentándose al Gobierno. El movimiento hace crisis en mayo de 1917, porque las otras Regiones se solidarizan con la Junta de Barcelona, que ha sido arrestada. Se releva al Capitán General de Barcelona y se da publicidad al asunto con el Manifiesto del 1 de junio redactado por los ya presos en Montjuich. Y aquí se produce una claudicación, porque lo que parecía que iba a ser un proceso penal por delito de sedición quedaría, por presiones del Ministro, en una mera sanción disciplinaria, lo que envalentona a las Juntas que exigen ahora la aprobación de su reglamento. Hay crisis ministerial y oportunidades para la oposición parlamentaria. Las fuerzas políticas republicanas se crecen ante la indisciplina militar y se abre una crisis que se mantendrá hasta el golpe de Primo de Rivera, en septiembre de 1923.

Resulta llamativo que, según sus propias manifestaciones, las Juntas no tenían **intencionalidad** política, pero si bien su móvil original era la defensa corporativa y la consecución de ciertas reivindicaciones profesionales, en el desarrollo del proceso fueron derivando hacia la intervención política convirtiéndose en un poderoso grupo de presión que se permitiría hechos como dar un *ultimátum* a su Capitán General (General Marina, en Barcelona) exigiendo la puesta en libertad de los junteros detenidos; presentarse a sus Jefes en una especie de autoinculpación solidaria para ser detenidos, en otras Regiones Militares; o escribir al mismo Alfonso XIII con una propuesta de Gobierno que incluía la relación nominal de los ministros y la sugerencia de convocar Cortes constituyentes, por lo que el daño causado al sistema político de la Restauración fue demoledor⁷⁵.

⁷³ PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. pp. 109-110.

⁷⁴ La Junta de Defensa del Arma de Infantería se organizó a imitación de las ya existentes en los Cuerpos facultativos (Artillería e Ingenieros) y, en Barcelona, se redacta un reglamento y un compromiso para organizar la “Unión del Arma de Infantería”.

⁷⁵ Véase SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. pp. 414-422.

Con su actitud beligerante, se ganaron la inquina de la cúpula militar y fueron causa de varias crisis gubernamentales⁷⁶. Llegaron a estar reconocidas dentro de la estructura del Ejército, pero sus defectos de organización y la carencia de un mando unificado y firme, frustraron sus posibilidades de conseguir sus reivindicaciones desde dentro de la Administración. Por otra parte, en determinados momentos fueron objeto de deseo de grupos políticos radicales y abrieron un peligroso camino, manifestado en la extensión del movimiento juntero a los suboficiales y también a la tropa, lo que amenazaba por destruir la cohesión del Ejército.

Desde las Juntas se insistía en su carácter de movimiento de protesta por razones profesionales, alejado de cualquier matiz revolucionario subversivo o simplemente político, pero lo que sí estaba claro era su carácter reivindicativo, que perfiló a las Juntas del Arma de Infantería con características sindicales, ya que planteaban reivindicaciones profesionales y aparecían con formas de lucha propias de estas organizaciones⁷⁷.

No obstante, es significativo que cuando se requirió el empleo del Ejército para reprimir la huelga general del 10 de agosto 1917, este cumplió su misión sin objeciones y con lealtad plena al Gobierno. Pero esta intervención en la lucha de clases, de algún modo le enajenó apoyos o simpatías entre los grupos políticos radicales, porque con ella el Ejército volvía como protagonista a la escena política, de la que había sido apartado en los inicios del sistema de la Restauración.

Hacia finales de 1917, el fenómeno juntero se había contagiado a otras esferas de la Administración, como los funcionarios, los trabajadores de correos y telégrafos, la policía, los empleados de Hacienda e incluso a los simples particulares, que crearon una Unión de Contribuyentes. Creciéndose, las Juntas añadieron a sus quejas tradicionales sobre el funcionamiento de la institución militar, la pretensión de forzar la convocatoria de Cortes constituyentes, en línea

⁷⁶ Romanones dimitió en mayo de 1917 y Dato, en octubre del mismo año. Además del trasiego de nombramientos para la cartera de Guerra en cada Gobierno.

⁷⁷ Utilizando métodos asamblearios, la paridad de voto y el empleo de su cohesión corporativa, además de amenazas, *ultimátum* y huelgas contra su patrón, el Estado. ALONSO IBAÑEZ, Ana Isabel: *Las Juntas de Defensa Militares (1917-1922)*, Tesis Doctoral, Ministerio de Defensa, Madrid, 2004, p.635.

con las pretensiones de la oposición política, pero con la acción del ministro La Cierva comenzó su declive⁷⁸.

Fueron seguidas con gran interés en el ámbito civil y militar, así como por los medios de comunicación, y su ejemplo influyó en el nacimiento de sindicatos profesionales civiles, no de clase.

Lo cierto es que algunas reivindicaciones iban siendo atendidas, en particular la subida de sueldos y el control de los ascensos. Por otra parte, la creciente conflictividad social manifestada en las huelgas y el problema de Marruecos, hizo que las Juntas fueran perdiendo interés público.

Las Juntas fueron un fenómeno social único en su tiempo, por el que la clase media militar expresó su frustración. Su singularidad radicaba en su incompatibilidad intrínseca con el Ejército, porque atacaban de hecho fundamentos como la disciplina, dadas las circunstancias de su nacimiento, y la jerarquía, al prescindir de los generales⁷⁹. Incluso la jura o compromiso de respetar sus reglamentos las acercaba al mundo de las sociedades secretas, pero tampoco eran un fenómeno aislado en el entorno occidental⁸⁰.

Supusieron un grave quebranto de la disciplina, pero su acción llamó poderosamente la atención sobre las cuestiones que planteaban, así, el proyecto de Ley Orgánica militar de 16 agosto 1916, contemplaba el carácter honorífico de las recompensas (sin dotación económica), la desaparición de los ascensos por méritos de guerra y la escala cerrada, tal como preconizaban las Juntas de Defensa.

⁷⁸ Se presentó como partidario de las Juntas, pero en realidad fomentó las disensiones internas, cortocircuitó los poderes de la Junta Superior, creó una Junta Central de Defensa con representación de las Juntas Superiores (que podía manipular), disolvió la Unión de las Clases de Tropa y expulsó a unos doscientos de sus miembros (sargentos y tropa) en los primeros días de 1918.

También véase el Real Decreto de 7 marzo 1918 (Gaceta del Madrid nº. 69 de 10 marzo) por el que se aprobaron las Bases para la reorganización del Ejército, que fue su instrumento para dar la Juntas el carácter de comisiones informativas.

⁷⁹ ALONSO IBAÑEZ, A.I.: *Las Juntas de Defensa Militares (1917-1922)*, cit. p. 636.

⁸⁰ Por ejemplo, en Italia existía la *Associazioni Segrete di Ufficiali*, que en 1903 funda *Il Pensiere Militare*, periódico para denunciar los abusos en el ámbito militar. En Grecia, la *Liga Militar* creada en 1910-15. En Turquía, las *Juntas de Unión y Progreso*, aparecidas en torno a 1913. Véase ALONSO IBAÑEZ, A.I.: *Las Juntas de Defensa Militares (1917-1922)*, cit. pp. 45-46.

Finalmente se aprobó una Ley de Bases (29 junio 1918) para reorganizar el Ejército en la que se percibía la influencia de las Juntas, cuyas doce bases o principios debían ser desarrolladas por leyes ordinarias⁸¹.

1.3.3. LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA.

Las tendencias propias del militarismo alfonsino culminaron en el verano de 1923, cuando Primo de Rivera asume el poder con la finalidad declarada de salvar un sistema que se descomponía, adoptando el Ejército un papel político sin ser un partido político, en un proceso al que parece que no fueron totalmente ajenas las Juntas de Defensa Militares⁸².

Aún así, en el ámbito interno, Primo de Rivera sufrió dificultades para mantener su autoridad sobre el Ejército. Tuvo que mantener un difícil equilibrio entre los oficiales africanistas y los junteros, además de lidiar con el problema de Marruecos, en el que evolucionó desde la idea inicial de abandonar el territorio hasta la solución militar y definitiva del conflicto, lo que le granjeó prestigio en el Ejército y el aprecio de los militares africanistas⁸³. Pero no se libró de sufrir varias conspiraciones urdidas por militares disconformes con su política y promovidas, alentadas o asociadas con elementos civiles, que tras varios intentos acabaron consiguiendo su dimisión el 30 enero 1930.

En interés de su política, alteró la concesión de ascensos a general y cambió el sistema de antigüedad por el de méritos, lo que provocó el choque con los defensores a ultranza de la escala cerrada, en un grave conflicto que ocasionó

⁸¹ Por lo que Busquets la considera como cuarta Ley Constitutiva del Ejército, aunque no se denomine así. BUSQUETS BRAGULAT, J.: *El militar de carrera en España*, cit. p. 34.

⁸² Según Alonso Ibáñez, "La Dictadura de Primo de Rivera es continuación lógica de las Juntas de Defensa Militares. Así lo creen desde políticos de la época (Maura, Ossorio y Gallardo, Lerroux, Azaña), hasta militares de diferentes Cuerpos y Armas (García Benítez, Pardo González, Ricardo Burguete e incluso Mola), pensadores (Araquistain, Ortega y Gasset) e historiadores (Cabanellas, Alpert, Boyd y Navajas)". ALONSO IBAÑEZ, A.I.: *Las Juntas de Defensa Militares (1917-1922)*, cit. p. 641.

⁸³ Reciente el desastre de Annual (1921), en el Protectorado de Marruecos se adoptaron una serie de medidas militares de consolidación (rectificación de líneas con la retirada de Xauen), de reorganización y acción decisiva (desembarco de Alhucemas) que culminaron con la pacificación y ocupación total del territorio.

la práctica disolución de la Artillería al suspender del servicio activo a todos sus oficiales, excepto los de Marruecos⁸⁴.

1.4. LA CONFLICTIVIDAD MILITAR DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA.

En breve plazo se pasó de la monarquía a la República, con un intervalo dictatorial y, en esta ocasión, la Institución militar tuvo un papel relevante por omisión⁸⁵.

El nuevo régimen republicano rompía esquemas anteriores y abordó la reforma integral de las instituciones del Estado, además de promover cambios en lo social.

“Fue la República un nuevo ensayo regeneracionista que tuvo por base el acuerdo entre una burguesía “radicalizada” –procedente aún en buena parte de los cuadros políticos de la monarquía- y el Partido Socialista, hasta entonces al margen del poder, aunque ya muy bien avenido con el Dictador”⁸⁶.

En cuanto al Ejército y los militares, puede afirmarse que durante los años treinta estuvieron en el centro de las luchas políticas.

La actitud general de los militares respecto a la Segunda República, evolucionó desde una inicial aceptación hasta la radicalización clara de actitudes personales, como resultado de una etapa intermedia entre ambas, en la que influyeron predominantemente las consecuencias prácticas de las reformas (y contrarreformas) emprendidas desde el Ministerio de la Guerra⁸⁷.

⁸⁴ Primo de Rivera era partidario de la escala cerrada pero cambió de criterio en 1924, enfrentándose a los artilleros e ingenieros, quizás por exigencias de la guerra de Marruecos, para tener en su mano un instrumento de selección de mandos y promoción profesional (recompensa) nada desdeñable para la eficacia de las operaciones y la motivación de los profesionales.

⁸⁵ Las consultas efectuadas por Alfonso XIII en las horas inmediatamente posteriores a las elecciones de abril 1931, le mostraron que no contaba con el apoyo inequívoco, incondicional y pleno de las fuerzas armadas y de orden público, por lo que optó por el exilio. Lo cierto es que el advenimiento de la Segunda República no fue consecuencia de ninguna acción militar directa, salvo el frustrado pronunciamiento de Jaca (diciembre 1930).

⁸⁶ SECO SERRANO, C.: *Militarismo y civilismo...*, cit. p. 374.

⁸⁷ Payne sostiene que al proclamarse la Segunda República (1931) la inmensa mayoría de los oficiales no estaba políticamente definido, a efectos prácticos, es decir traducido en una opción por partidos políticos y objetivos concretos, salvo casos puntuales que fracasaron, como la sublevación de los capitanes Galán y García Hernández en Jaca, diciembre 1930. PAYNE, S. G.: “El Ejército, la República y...”, cit. p.134.

La designación de Azaña como Ministro de la Guerra venía avalada por su supuesta capacitación para afrontar las reformas militares, cimentada en el estudio. Sin entrar en el contenido de estas reformas, que se tratarán en el siguiente capítulo, sí puede decirse que las más importantes estaban terminadas a finales de 1931.

El objetivo de Azaña era adaptar el ejército de la Restauración a las condiciones del nuevo régimen republicano y liberal-democrático, intento que cursó con altibajos, porque Gil Robles contrarreformó durante el segundo bienio en favor del retorno al ejército de la Restauración.

Lo relevante es que las reformas no dejaron indiferentes a los militares, que tomaron posiciones dispares sobre una gama amplia de actitudes reducibles a varios grupos. Un núcleo inicial formado por los militares monárquicos. Otro, en el que figuraban iniciales valedores del régimen, como el general Sanjurjo, que se embarcaron en un pronunciamiento fuera de la realidad y condenado al fracaso por temprano, mal organizado y falta de apoyos. Los había que defendían sus posturas desde las instituciones, como los diputados Fanjul y Peire en los debates constitucionales y en torno a la reforma militar. El grupo de los discretos, que conspiraban en la sombra (Mola) con la subclase de los informados pero no comprometidos. Los simplemente resentidos por haber sufrido directamente la revisión de ascensos u otros efectos de las reformas. Y desde luego, el grupo de los que aceptaban o apoyaban el nuevo rumbo de los asuntos militares o que se ceñía al cumplimiento de su deber y que sería leal a la República hasta el final (Vicente Rojo).

El intento del general Sanjurjo contra la República (agosto 1932) fracasó estrepitosamente, pero inició una dinámica que culminó en julio de 1936 y que guardaba ciertas semejanzas con el periodo inmediato anterior a la Restauración, en las que se mezclaban las motivaciones más altas con las cuestiones personales o de gobierno interior de la Institución⁸⁸. Dinámica en la que convergían una serie de factores; como las reformas para actualizar y adaptar el

⁸⁸ Seco establece un paralelismo entre las circunstancias que alinearon a los militares contra la Primera República (1873) y las que produjeron el mismo efecto durante la Segunda. Entiende que la oficialidad del Ejército, en ambos casos, reaccionó visceralmente contra el desorden y la violencia del proceso revolucionario, las amenazas de fragmentación de la unidad nacional y el atentado contra la Institución militar por el hundimiento del orden interior en los cuarteles. SECO SERRANO, C.: *Militarismo y civilismo...*, cit. p. 397.

Ejército a la nueva época, con la natural incertidumbre y necesarios cambios; un monarquismo contrarrevolucionario desde el primer momento; un intenso forcejeo político desde dentro del sistema y un protagonismo militar acentuado por ser la única instancia con fuerza, organización y disciplina, para ejecutar la contrarreacción⁸⁹.

Desde febrero de 1936, la derecha y los contrarrevolucionarios en general pierden los resortes gubernamentales, la situación se deteriora aceleradamente y se presiona a favor del golpe, aplazando diferencias para mejor momento.

La causa inmediata de la ruptura del régimen de la Segunda República fue la rebelión de una parte significativa y homogénea del Ejército español en 1936 (Ejército de África), que supuso la alineación de los militares frente al gobierno en un importante porcentaje. Pero en este caso, la rebelión o el alzamiento, tenía características diferenciales dentro de la tradición española, basadas en que ahora presentaba cierto carácter institucional militar a diferencia de los pronunciamientos decimonónicos y sus variantes; porque los pronunciamientos del siglo XIX, incluso el de Sanjurjo, pretendían un cambio gubernamental, pero no una alteración sustancial del sistema político o del orden social⁹⁰.

El Ejército actuó como elemento aglutinador de las fuerzas antirrepublicanas que en bastantes casos tenían poco en común, aparte de su interés contrarrevolucionario y de la convicción de que la fuerza militar era indispensable para sus fines.

Cuando como ahora se pretendía el cambio sustancial del sistema político o del orden social, ya no se utilizaba al Ejército como simple cantera de extracción

⁸⁹ Véase LLEIXA, J.: *Cien años de militarismo en España*, cit. pp. 97-141.

⁹⁰ Olmeda sugiere algunos elementos para comprender esta modificación cualitativa:

- La percepción de la amenaza, que desde 1812 se ha situado en un doble frente, interior y exterior, con independencia del régimen político imperante.
- El monopolio de la violencia legítima, aunque incompleto, lo que indica una carencia, una debilidad objetiva en el proceso de formación del Estado.
- La profesionalización, en doble sentido, uno organizativo, como adecuación entre función militar primaria y la eficiencia de los medios, que se ha mostrado débil. Otro personal, con indicios de escasa profesionalidad y retraso respecto a Europa, hasta la II República.
- El comportamiento, con insuficiente diferenciación de parcelas, puesto que las Fuerzas Armadas cumplen misiones o funciones militares, políticas y de mantenimiento del orden público, desde 1812 hasta 1936.

OLMEDA GÓMEZ, José Antonio: *Las Fuerzas Armadas en el Estado Franquista. Participación política, influencia parlamentaria y profesionalización, 1939-1975*, Orán S.A., Ediciones El Arquero, Madrid, 1988, pp.94-100.

de personal político, sino que era la Institución armada quien actuaba como tal en el escenario político.

1.5. EL PODER MILITAR EN EL RÉGIMEN DE FRANCO.

Los aspectos sociales y políticos del franquismo, han sido durante años un objeto de estudio caracterizado por lo enmarañado y difícil de clarificar o sistematizar.

Amando de Miguel reconocía la compleja dificultad de deslindar la significación y presencia del Ejército en el Régimen de Franco. Para él era un dato central que “Franco es ante todo militar, se ha rodeado básicamente de militares, ha confiado en el Ejército por encima de todos los demás estamentos, y no es casualidad que haya hecho también militar a su sucesor”. No obstante, estimaba que, pese a la presencia militar en los aparatos de poder, el origen del régimen en un hecho militar y la calidad de tal del Jefe del Estado, podía resultar equívoco hablar de dictadura militar. Concluyendo que,

“...más que un clásico régimen de dictadura militar, el de Franco se puede considerar como una peculiar adaptación de los principios de la organización militar a un sistema de conjunción de fuerzas civiles, presididas por el elementalísimo principio del autoritarismo básico, formalmente de corte castrense pero que llena la vida civil toda”⁹¹.

Parte de esta dificultad para clasificar estriba en la discusión sobre la naturaleza del soporte ideológico del régimen de Franco y, más concretamente, sobre si existió o no una ideología que pueda llamarse franquista o si lo que hubo fue simplemente un conjunto de mentalidades conservadoras afines que, unidas por intereses u objetivos comunes, lo sostuvieron sin que pueda hablarse en pureza de tal ideología específica. En este sentido, Tusell advierte que afirmar que el franquismo no tuvo ideología es a su vez una posición ideológica,

⁹¹ DE MIGUEL, Amando: *Sociología del franquismo. Análisis ideológico de los Ministros del Régimen*, Colección España: punto y aparte, Editorial Euros S.A., Barcelona, 1975, p. 245 y pp.157-159.

interpretable como una forma de restar importancia a la dictadura, justificarla o presentarla bajo un aspecto más inocuo⁹².

Signo inequívoco de esta indefinición o confusión es la variedad de denominaciones con que se ha conocido al régimen⁹³.

A efectos prácticos, el empeño en la distinción entre ideología y mentalidad resulta vano, porque lo importante no es diseccionar el concepto con afán de individualizarlo, cuando lo relevante es su instrumentalidad, la función que cumple, para qué sirve y, en este sentido, ambas son válidas como soporte de un régimen autoritario. La distinción habría que basarla más bien en los distintos orígenes y/o grados de elaboración de ese soporte del régimen que, se llame ideología o mentalidad, tendrá una naturaleza utilitaria común, lo que lleva a Cámara Villar a afirmar que “en la actualidad, [...] está más que probado el error de esa *caracterización ideológica* del régimen de Franco”⁹⁴.

En este marco de la caracterización ideológica del régimen, el papel del Ejército ha sido uno de los puntos a fijar, sobre el que puede decirse que en líneas generales existe coincidencia en que parece innegable la importancia que el Ejército y los militares tuvieron, tanto en la formación como en el mantenimiento del régimen de Franco. No obstante, existen diferencias al fijar el alcance y calado de este papel, abriéndose las opiniones a la hora de precisar los contenidos, manifestaciones e influencia real atribuible, del mismo modo que existen ciertas

⁹² TUSELL, Javier: *La Dictadura de Franco*, Ediciones Altaya S.A., Barcelona, 1996, p.164.

En esta obra reseña las propuestas científicas sobre la naturaleza del franquismo (Linz, De Miguel, etc) y analiza sus peculiaridades y su catalogación como dictadura.

⁹³ Cámara Villar sistematiza las variadas interpretaciones teórico-políticas del franquismo habidas desde los años sesenta, en dos categorías, una conceptual desde el punto de vista de encuadrar o identificar los rasgos del régimen con un tipo ya establecido, que agrupa bajo el epígrafe “interpretaciones generales”, así, analiza el régimen de Franco visto como Estado totalitario o fascista “a la española”, como “régimen autoritario”, como una especie de “bonapartismo” o simplemente como régimen “despótico moderno-reaccionario”. La segunda categoría empleada es secuencial o temporal, centrandó el análisis en las sucesivas etapas o formas cambiantes de una situación autoritaria. CÁMARA VILLAR, Gregorio: “Analizar el franquismo: interpretaciones sobre su naturaleza”, en *Política y Sociedad (Volumen I). Estudios homenaje a Francisco Murillo Ferrol*, CIS-CEC, Madrid, 1987, pp. 645-672.

También sobre la ideología del régimen de Franco puede verse, CÁMARA VILLAR, Gregorio: *Nacional-Catolicismo y Escuela. La Socialización Política del Franquismo (1936-1951)*, Editorial Hesperia, S.L., Jaén, 1984, pp.17-53. En particular el Capítulo 1. Notas sobre la ideología en los orígenes del régimen de Franco.

⁹⁴ CÁMARA VILLAR, G.: “Analizar el franquismo: interpretaciones sobre su naturaleza”, cit. p. 657.

ideas preconcebidas. En cualquier caso puede aceptarse que entre los pilares sustentadores del régimen, el militar fue el más firme y duradero ⁹⁵.

En cuanto a la relación entre el Ejército y las instituciones políticas del Estado, los generales Kindelán y Vigón eran partidarios de que las Fuerzas Armadas fueran activas en la esfera política. El primero enunció el criterio principal de relación, según el cual el Ejército consideraba circunstancial al Estado, pero permanente e inmutable a la Nación, a cuyo servicio debía ponerse; de modo que cabría deducir que el Ejército no solo estaba por encima del Gobierno, sino también del mismo Estado, en defensa de “lo permanente”, aunque no se diga cómo era posible distinguir lo permanente de lo accidental⁹⁶. Las posiciones de Vigón son intervencionistas, viendo a los políticos como administradores de lo accidental, mientras que los militares son garantes de lo permanente. También sostiene la necesidad de que los oficiales entiendan de política y de que reciban la formación adecuada en este campo, a cuya carencia atribuye el escaso resultado o fracaso de los pronunciamientos del siglo XIX, así como el de las Juntas de Defensa o la dictadura de Primo de Rivera, en un

⁹⁵ Utilizando los datos de las propias Fuerzas Armadas, Olmeda demuestra que durante el franquismo no cambió el origen social de los militares, descubre cómo se manifiesta en múltiples procesos la influencia militar, tanto de la Institución como actor social como de los militares como grupos sociales. También sostiene que lejos de ser el “pariente pobre del régimen”, en comparación con otras administraciones públicas, la militar tuvo un trato privilegiado durante el régimen, incluso revertiendo al Tesoro los excedentes de gastos no realizados, lo que coexistía con la realidad de unas Fuerzas Armadas infradotadas y con un gasto desproporcionado, mayor en personal que en inversiones de material. Véase el Prólogo de Rafael Bañón a OLMEDA GÓMEZ, J. A.: *Las Fuerzas Armadas en el Estado Franquista...*, cit. pp.1-14.

Comellas dice que la mayoría de los autores admiten como las tres principales columnas del régimen de Franco, el Ejército, la Iglesia y la Falange. Estima que aunque Franco concibió su acción de gobierno como un mando militar, su régimen no fue militar, primordialmente, salvo en los primeros tiempos. Asimismo, considera que Franco veía al Ejército no en el papel de gobierno o dirección, sino de garantía, de “columna vertebral de la patria”. COMELLAS, J. L.: *Historia breve de España contemporánea*, cit. pp. 299-303.

Cotino Hueso subraya que, pese a todo, “las FAS mantuvieron en todo momento una presencia central”, no solo en las áreas habituales (orden público) sino en las instituciones básicas del Estado lo que, unido a la tradición anterior, les mantenía en “una posición suprapolítica que las hacía legítimas garantes de unas esencias patrias que ellas mismas definían”. COTINO HUESO, L.: “El principio de supremacía civil...”, cit. pp.109 -111.

“Las Fuerzas Armadas del régimen de Franco se constituyeron en vigilante de la permanencia del sistema político. A este planteamiento se acomodaron gran parte de los primeros esfuerzos articulándose los mecanismos necesarios en orden a su consecución, fundamentalmente a través de técnicas de propaganda y, de forma más directa, a través de la depuración de militares resistentes a estos planteamientos. El modelo de ejército que salió de la guerra civil concedía a este una presencia viva en la sociedad española, y, se puede decir, que en la vida política y social de forma decisiva”. PÉREZ VILLALOBOS, M^a. Concepción: “La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas”, *Revista Española de Derecho Militar* n^o. 78, julio-diciembre 2001, p. 144.

⁹⁶ LLEIXA, J.: *Cien años de militarismo en España*, cit. p.160.

encadenamiento que desembocó en la guerra civil, por lo que pretende rescatar la política de los políticos.

Alonso Baquer reconoce que el Ejército, al menos hasta los años sesenta, pretendió alcanzar una posición distante, superior y vigilante, para mantener una preponderancia en la política del Régimen y controlar su evolución desde un ámbito militar autónomo, independiente del poder civil. Cree un error no añadir el poder militar a los tres clásicos y defiende la justa tutela de Iglesia y Ejército sobre la sociedad. Según esto, el interés por mantener la neutralidad política del Ejército respondería a planes para anularlo, ya que este es el último freno de la revolución.

Para Losada Malvárez⁹⁷, existe una coincidencia general en ver al Ejército como “el último y más firme sostén del Régimen a lo largo de toda su historia”. Sostiene que el Ejército desarrolló una función ideológica y que trató de irradiar al conjunto de la sociedad civil su código de valores, lo mismo que al propio Estado, al buscar la influencia política en pugna con otros grupos y que, en realidad, el Régimen se fundamentó ideológicamente, sobre todo, en el Ejército y no solo en otras familias políticas⁹⁸.

“El verdadero poder del régimen no residía en sus apoyos sociales o en el esclerótico partido único, sino en la capacidad del dictador para conservar una aceptación pasiva de las masas y contar con la indiscutida fidelidad del Ejército [...]. El ideario castrense del Franquismo se compuso de los recuerdos de la guerra civil, entremezclados con los despojos de la antigua mentalidad militar y la ideología que el régimen iba configurando sobre la marcha”⁹⁹.

Según Cámara Villar¹⁰⁰, el papel del Ejército fue muy distinto al jugado en los fascismos clásicos, aunque tuvo una aportación crucial para la configuración

⁹⁷ En su “Ideología del Ejército Franquista (1939-1959)”, utiliza como fuente principal la Revista “Ejército” de ese período (y en menor medida “Reconquista” y “Pensamiento y Acción”), como representativa de “la visión autorizada del pensamiento militar respecto a todos los aspectos que interesaban al Franquismo ya que todos cuantos oficiales deseaban crear opinión se esforzaban por escribir en ella”. Cubre un período significativo, desde la aparición de la Revista “Ejército” en 1945, siendo Ministro el general Varela, hasta 1959, cuando el entonces Ministro general Barroso intentó adaptar el Ejército al modelo norteamericano. LOSADA MALVÁREZ, Juan Carlos: *Ideología del Ejército Franquista (1939-1959)*, Ediciones Istmo S.A, Madrid, 1990, p.118.

⁹⁸ LOSADA MALVÁREZ, J. C.: *Ideología del Ejército Franquista (1939-1959)*, cit. pp.17-23.

⁹⁹ Opinión de Gabriel Cardona en Prólogo a LOSADA MALVÁREZ, J. C.: *Ideología del Ejército Franquista (1939-1959)*, cit. p.13.

¹⁰⁰ CÁMARA VILLAR, G.: “Analizar el franquismo: interpretaciones sobre su naturaleza”, cit. pp. 651-653.

del régimen como autoritario en el que, si bien el adoctrinamiento ideológico fue mínimo, sí confluyen diversas mentalidades características entre las que destaca como fundamental la mentalidad militar, vertebradora de este tipo de regímenes, por la idea de orden y pragmatismo que incorpora el ejército, reflejada en la visión de lo nacional, la autoridad, el orden o el apoliticismo. Por otra parte, en la interpretación bonapartista del régimen, como mutación excepcional del Estado capitalista en la que se cede el poder a un determinado hombre providencial o carismático, para que mediante el ejercicio autoritario del mismo permita la reconstitución de las fuerzas del capitalismo o clase dominante cedente, el ejército es el instrumento por excelencia.

Headrick¹⁰¹ subraya la “paradoja de la era de Franco” porque, pese a la influencia del Ejército, durante los cuarenta años de pasividad y obediencia militar desaparecieron la mayor parte de los factores sociales e institucionales que abonaban su tradición intervencionista.

Las Fuerzas Armadas y los militares participaron en la estructura de poder del sistema político de Franco en varias etapas y áreas de acción, participación a la que se prestaba el propio diseño y características del sistema. El papel político de la burocracia militar en un Estado con los orígenes de este caso, tuvo que ser forzosamente relevante, en una gradación que transcurre entre la militarización inicial de todos los resortes y recursos del poder, por imperativo de las necesidades de guerra, hasta la participación político-militar, con calidad e intensidad variable. Esta burocracia actuaba en su escenario privativo de administración militar y además compartía otros dominios públicos como el Gobierno, las Cortes, los cargos políticos de confianza o los Consejos de Administración de grandes empresas e industrias. Y todo con el apoyo complementario de instrumentos normalizadores como el servicio militar obligatorio y el sistema educativo. Esta intervención produce un efecto de distorsión, porque los intereses de los militares coinciden solo en parte con los de la organización burocrática en la que actúan, aunque solo sea por la presencia de una cultura profesional propia, una escala de valores y unos intereses específicos. Aspectos que por otra parte no les diferencian demasiado de otros burócratas, si no fuera por la posesión del monopolio de la administración de la fuerza legítima

del Estado, con la ventaja de su cohesión corporativa y el inconveniente de la inadecuada preparación técnica para afrontar la complejidad de lo social, entre otras¹⁰².

La militarización de la defensa del régimen presentaba múltiples manifestaciones, como la prioridad de la seguridad y el papel que tenían las Fuerzas Armadas en este campo, manteniendo la militarización de los resortes esenciales y la presencia de políticos de origen militar en cargos y funciones impropios de su condición¹⁰³.

Para Lleixá¹⁰⁴, el régimen de Franco produjo una eclosión del militarismo actualizado y contrarrevolucionario, manifestado por la militarización de las relaciones sociales, políticas y culturales. También considera que no puede utilizarse la noción de partido al referirse al aparato militar, aunque sí tuvo gran fuerza política sin ser una fuerza política.

En cualquier caso, resulta difícil negar que las Fuerzas Armadas formaran parte del sistema de poder del Régimen¹⁰⁵.

1.6. EL ASOCIACIONISMO MILITAR CLANDESTINO Y SU INCIDENCIA EN LA COHESIÓN INTERNA.

¹⁰¹ HEADRICK, D. R: *Ejército y política en España (1866-1898)*, cit. pp. 259-262.

¹⁰² Olmeda señala como rasgos relevantes del sistema franquista:

- Un Estado corporativo y sin partidos. Cuyos rasgos sobresalientes son el corporativismo como criterio estructural interno en la articulación de los intereses de clase. La inexistencia de partidos políticos, cuya función asume la burocracia estatal. La organización centralista del Estado. Una legitimación precaria.

- La institucionalización organizativa y la participación político-militar.

- La configuración del poder político-militar, con la exclusión de los civiles de los dominios configurados como privativos de los militares.

Véase OLMEDA GÓMEZ, J. A.: *Las Fuerzas Armadas en el Estado Franquista...*, cit. pp. 343-382.

¹⁰³ Por ejemplo, la jurisdicción militar comprendía los delitos de orden público hasta que en 1963 se creó el Tribunal de Orden Público y aún así se reservó ciertas áreas. Por otra parte, los Cuerpos policiales tenían carácter militar. Véase en LLEIXA, J.: *Cien años de militarismo en España*, cit. pp.152-160.

¹⁰⁴ LLEIXA, J.: *Cien años de militarismo en España*, cit. p.143.

¹⁰⁵ El Profesor Artola estableció que un "régimen" está constituido por la unión de dos elementos, el sistema político y el sistema de poder. El primero agrupa a quienes toman las decisiones y dictan las normas para hacerlas operativas. El segundo lo forman las instituciones encargadas de hacer que la sociedad acepte y cumpla estas decisiones. Entre estas instituciones (educativas, administrativas, etc) se incluyen las detentadoras de la fuerza. VV.AA. *Derecho Político II. Unidad Didáctica 1*, redactada por el equipo dirigido por el Dr. Oscar Alzaga Villaamil, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 1980, p.10.

Entre las causas de los pronunciamientos, se ha señalado la existencia y actividad de las sociedades secretas militares o con alta participación de estos que, mediante actuaciones ocultas, tomaban decisiones que interferían con las emanadas del sistema político, por naturaleza públicas; así como con las propias de la cadena de mando militar, con la finalidad de reconducirlas, bloquearlas o impulsarlas en función de los intereses y mediante la jerarquía de la asociación clandestina, que no de la institución a la que externamente servían sus miembros, por lo que estas sociedades atentaban contra la cohesión militar interna¹⁰⁶.

Merecen especial interés las sociedades secretas específicamente militares y su acción contra Primo de Rivera y la Segunda República.

La Asociación Militar Republicana (AMR) se creó durante la Dictadura y entre sus fines figuraba el interés por derribarla, recordaba a la anterior Asociación Republicana Militar (ARM) patrocinada por Ruiz Zorrilla durante la Restauración y su composición era heterogénea, como se demostró por la división de sus antiguos miembros cuando llegó el momento de elegir bando en 1936. Se disolvió durante la Segunda República.

De signo y finalidad contrarias, en 1933 surgió la clandestina Unión Militar Española (UME), parece que a consecuencia del intento de golpe del general Sanjurjo. Su estructura recordaba la de las Juntas de Defensa, con juntas locales, regionales y central. Compuesta por oficiales de grado medio y bajo, estaba poco estructurada y organizada, sin unidad de criterio en cuanto a los intereses a defender, aunque parece que orientada a defender el “orden y la autoridad” en España. A comienzos de 1935 ya contaba con buen número de seguidores y comenzó a contactar con ciertas organizaciones políticas¹⁰⁷.

Para contrarrestar la acción de la UME, en la primavera de 1935 se creó la Unión Militar Antifascista (UMA), que al ampliarse con la integración de los

¹⁰⁶ Es conocido que durante el siglo XIX la masonería llegó a tener una considerable implantación entre los militares, por lo que cabe pensar que las logias tenían cierto poder de convocatoria dentro del Ejército. Busquets cita como aparecidas durante el reinado de Isabel II, *La Isabelina* y *La Orden Militar Española*, también llamada *Sociedad Militar Española*. BUSQUETS BRAGULAT, J.: *Pronunciamientos y golpes de Estado en España*, cit. p. 70.

¹⁰⁷ Como falangistas, carlistas, monárquicos alfonsinos, etc, siendo liderada por el general Mola desde abril de 1936. Véase PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. pp. 255-273.

miembros de la AMR, pasó a llamarse Unión Militar Republicana Antifascista (UMRA)¹⁰⁸.

Durante el régimen de Franco, también hubo sociedades militares más o menos toleradas y algunas clandestinas.

“Los historiadores que dicen que en el pasado régimen de Franco el Ejército fue una balsa de aceite mienten soberanamente”¹⁰⁹.

El antecedente lejano fue *Forja*, fundada en 1951 e inicialmente tolerada por el Gobierno, aunque posteriormente la disolvió por considerarla peligrosa¹¹⁰. De ella procedían varios de los fundadores de la Unión Militar Democrática (UMD), años después¹¹¹.

En los primeros años de la década de mil novecientos setenta, puede advertirse la existencia de al menos tres posturas ideológicas dentro del Ejército: la aperturista, sostenida por oficiales jóvenes que miran hacia otros ejércitos de nuestro entorno europeo y occidental; la de los conservadores, resistentes al cambio y anclados al modelo existente y una tercera, que ve su profesión como independiente, cualificada y esencialmente apolítica.

Parece que la primera organización de militares profesionales, jefes y oficiales, comenzó a actuar en 1969¹¹². En 1973, los movimientos internos se

¹⁰⁸ Muchos de cuyos miembros pertenecían, además, a la masonería. Véase BUSQUETS BRAGULAT, J.: *Pronunciamientos y golpes de Estado en España*, cit. pp.122-129.

Payne no alberga la menor duda de que la mayoría (90%) del cuerpo de oficiales era contraria a los revolucionarios; por lo que la minoría de oficiales izquierdistas, para contrarrestar esta corriente interna, organizaron la Unión Militar Republicana Antifascista (UMRA) que confrontaría con la semisecreta Unión Militar Española (UME), organizada en 1933-34 y que afirmaba controlar el 45% de los mandos en activo en marzo 1936. PAYNE, S. G.: “El Ejército, la República y...”, cit. pp.145-146.

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ, Carlos: *Los militares en la transición política*, Editorial Argos Vergara S.A, (1ª edición), Barcelona, 1982, p.11.

¹¹⁰ Nacida en el seno de una academia de preparación militar del Frente de Juventudes, dirigida por el capitán Pinilla (que en los años ochenta sería nombrado general Director de la Academia General Militar) y el padre Llanos. Su carácter era “espiritual, profesional y humanista, en la que se buscaba la mejora de la sociedad y de sus miembros [...] sin nada que ver con los pronunciamientos o golpes de Estado”. BUSQUETS BRAGULAT, J.: *Pronunciamientos y golpes de Estado en España*, cit. p.145.

¹¹¹ Tres de los doce fundadores de la UMD habían pertenecido a *Forja*, así como un total de 26 de sus miembros, según Busquets.

¹¹² Según Ynfante, apareciendo en 1970, a su sombra, el clandestino *Boletín Informativo de Oficiales y Suboficiales*, de ideología comunista (PCE de Carrillo). Para los oficiales y suboficiales catalanes del ET, se tiraba el equivalente *Misión*. En el Ejército del Aire, aparecen unas hojas firmadas por la “Comisión Democrática de Aviadores”, a finales de 1970. En la Armada, desde 1971 existía un grupo político próximo a los socialistas, entre los suboficiales y especialistas. Cita también actividad entre las clases de tropa, como la aparición de *La Voz del Soldado*, en abril de

manifestaban de manera más abierta, usualmente en forma de grupos que llaman la atención del colectivo militar sobre la realidad española, según su interpretación, invitando a adoptar determinadas posiciones¹¹³.

El movimiento que comenzó en Portugal el 25 de abril 1974 animó este ambiente, aumentando la propaganda clandestina en las Fuerzas Armadas.

La UMD, cuya finalidad política parecía ser la de hacer proselitismo de ideología democrática dentro del Ejército, se fundó en Barcelona en el verano de 1974, autodisvolviéndose tras las elecciones del 17 junio 1977, “por considerar que en una democracia no deben existir organizaciones clandestinas militares”¹¹⁴.

En cierto modo, la acción de la UMD fue una manifestación anacrónica de militarismo, al estilo de la Restauración y anteriores, por tratarse de una fracción politizada y no de una acción institucional. Pero lo relevante es que durante el verano de 1975, al salir a la luz pública la UMD con la detención simultánea de varios de sus miembros, quedó al descubierto el hecho de que la supuesta unidad monolítica de las Fuerzas Armadas estaba en crisis.

1.7. LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA.

1972 (PCE de Carrillo). YNFANTE, Jesús: *El Ejército de Franco y de Juan Carlos*, Ed. Ruedo Ibérico, Francia, 1976, pp.123-125.

¹¹³ Un grupo de Oficiales escribe una carta abierta a sus compañeros de los tres ejércitos, en un llamamiento a las conciencias, ante el deterioro de la situación general de España, pretendiendo dar una visión verdadera de la realidad española. “Con todo cuanto os estamos diciendo no os pedimos una sublevación, otro ‘pronunciamiento’ impropio de un país civilizado. Únicamente queremos invitaros a una meditación profunda sobre los auténticos problemas de la Patria, para que, de acuerdo con ellos, adecuéis vuestra conducta: para que no consintáis nunca que se os enfrente al pueblo español.” YNFANTE, J.: *El Ejército de Franco y de Juan Carlos*, cit. p.120.

¹¹⁴ BUSQUETS BRAGULAT, J.: *Pronunciamientos y golpes de Estado en España*, cit. p.145.

- Por otra parte, Ynfante considera a la UMD como una fuerte corriente política, cercana a las tesis ideológicas del grupo democristiano de Ruiz Jiménez (Izquierda Democrática). También cree que la UMD enlaza históricamente con las correspondientes UME y UMRA de la Segunda República y que en el fondo, su actividad encerraba una modalidad de pronunciamiento, en forma de proceso democrático interno, “que se encaminaba inevitablemente hacia lo que se denominaba antaño un pronunciamiento negativo, esto es, cuando el grueso del Ejército, que hasta el momento ha sido el puntal del Régimen, le niega su apoyo incondicional y se limita conscientemente a un papel pasivo”.

- Una muestra del Ideario UMD:

“Objetivos nacionales: [...]1. Establecimiento pleno de los Derechos del Hombre y de las libertades democráticas y, en consecuencia, promulgación de una amnistía total para todos aquellos ciudadanos (civiles y militares) que han sido sancionados por defender esos derechos.”

“Objetivos militares: [...]5. Elaboración de un Estatuto del militar en el que se especifiquen sus deberes y derechos así como el sistema de recursos jurídicos que pueden usar ante toda medida injusta o arbitraria.”

Véase en YNFANTE, J.: *El Ejército de Franco y de Juan Carlos*, cit. pp. 171-174.

En el último cambio del autoritarismo al constitucionalismo, ya no tenían la fuerza de antaño los factores de inestabilidad socioeconómicos y políticos¹¹⁵.

Es conocido que la actitud de las Fuerzas Armadas era un factor a considerar en el período preconstituyente, durante el que los actores sociales y políticos pugaban por tomar posiciones. El Ejército no iba a ser menos, aunque sin poder sustraerse del ambiente de inestabilidad y rapidez con que se sucedían los acontecimientos, por lo que su actitud sería objeto de permanente atención, “...este era el gran tapado, el interrogante ante el cambio. La postura de los militares iba a ser, durante toda la transición, el principal motivo de preocupación de los demócratas”¹¹⁶.

“En torno al Ejército se fue creando una incógnita. También, una sospecha. Aparte de los pronunciamientos militares que jalonan nuestra historia política y le confieren peculiaridad, había el hecho indiscutible de que la posición de las Fuerzas Armadas en la guerra civil contribuyó de forma decisiva a resolverla a favor de uno de los bandos [...], los juicios acerca del Ejército pecaban a veces de retrospectivos,[...], no en vano habían transcurrido cuarenta años de historia en España y en el mundo”¹¹⁷.

En este periodo, las Fuerzas Armadas se arrogaban - o algunos sectores le atribuían - la custodia de “lo permanente”, si bien este papel se atemperaba con la no injerencia en las actividades políticas ordinarias, que se consideraban pertenecientes al ámbito de lo accidental.

Pero este cuadro, que podía preocupar de cara a la construcción de un nuevo sistema político, no llegó a hacer crisis porque en las actitudes de los militares era determinante su sentido de la jerarquía y de la disciplina, y además

¹¹⁵ Sobre el período de la transición política, puede verse MONTILLA MARTOS, José Antonio: *Manual de derecho constitucional. Volumen I*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa; Montilla Martos, José Antonio. Tecnos (2ª edición), Madrid, 2007, pp.47-52.

¹¹⁶ Opinión de Gabriel Cardona en Prólogo a LOSADA MALVÁREZ, J. C.: *Ideología del Ejército Franquista (1939-1959)*, cit. p. 13.

En opinión de Trillo-Figueroa, “en la transición [...] a ningún observador escapaba que la actitud que pudieran tener las Fuerzas Armadas, iba a ser factor decisivo del éxito o el fracaso de la empresa”. Explica el protagonismo político del Ejército en la ya citada formulación de Balmes y sostiene que el régimen español posterior a 1936 no fue un régimen militarista y que esta guerra y el régimen que surgió de ella modificaron, total y paradójicamente, la actitud política del Ejército a favor del pueblo español. TRILLO-FIGUEROA MARTINEZ-CONDE, Federico: “Las Fuerzas Armadas en la constitución española (Esbozo de una construcción institucional)”, *Revista de Estudios Políticos* n.º. 12, Noviembre-Diciembre, 1979, pp.105-107.

estaba claro que el cambio era inevitable, como cristalización de esa evolución de la sociedad española que en lo social había adelantado a la política. Esto no significa que el proceso fuera totalmente pacífico, pero el hecho cierto es que el cambio se hizo, aunque con discrepancias en cuanto a ritmo o grado de aplicación. La asunción de la Jefatura del Estado por el Rey, que llevaba implícita el mando supremo de las Fuerzas Armadas, unida a los otros factores citados, hizo que las Fuerzas Armadas y sus miembros guardaran una actitud, se diría que expectante, pero en todo caso presidida por la sensatez.

En el ámbito general, de las **tres estrategias** que en 1975 podían plantearse frente al proceso de cambio, es decir, la reforma del franquismo desde dentro, el pacto entre las élites moderadas del régimen y sus homólogos de la oposición, y la opción por la transacción, el consenso, triunfó esta última para sorpresa de propios y extraños, sostenida por la moderación de las actitudes ciudadanas durante un proceso en el que cabe distinguir varias fases.

Desde enero 1976 hasta junio 1977 (primeras elecciones generales), hay un ambiente de politización generalizada en el que se produce un resurgir de la sociedad civil, manifestada en la febril actividad de partidos políticos, movimientos sindicales, obreros y estudiantes, comenzando una etapa de **liberalización** desde que se presenta a las Cortes el proyecto de Ley para la Reforma Política, en septiembre de 1976¹¹⁷. El Rey es un elemento estabilizador clave al mostrarse decidido a impulsar el cambio político, desde el mismo día de su acceso al trono, comenzando por la concesión de amnistía general¹¹⁹. No obstante, hubo un momento crítico cuando se legalizó al Partido Comunista de España (PCE), resolviendo autorizar su inscripción en el Registro por decisión del Gobierno¹²⁰.

La etapa de **democratización** se abre cuando el 15 junio 1977 se celebran las primeras elecciones generales en las que la Unión de Centro Democrático

¹¹⁷ HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *La Constitución y su entorno. Obras Completas. Tomo 7*, (Ed. Inicial de Planeta, 1982), Espasa-Calpe, S.A, Madrid, 1988, pp.106 -107.

¹¹⁸ Que se manifiesta en la Ley 21/1976 sobre el derecho de asociación política posteriormente reformada por el Real Decreto-Ley de 9 febrero 1977.

¹¹⁹ Por Real Decreto-Ley 10/1976 y Ley 46/1977 de 15 Octubre. Además, en Junio 1976 sustituye a Carlos Arias por Adolfo Suárez, en la Presidencia del Gobierno. En Enero 1977 se aprueba la Ley 1/1977 para la Reforma Política, que fue aprobada por las últimas Cortes franquistas y ratificada en *referéndum*, por lo que el régimen democrático naciente reforzaba sus nuevas fuentes de legitimación con la derivada de la legalidad anterior que iba a sustituir.

¹²⁰ El Ministro de Marina (Pita da Veiga) dimitió inmediatamente y la *cúpula militar* hizo saber su disconformidad con la decisión, aunque la acató.

(UCD) resulta el partido mas votado. Las nuevas Cortes se cierran a cualquier posibilidad de reforma de las Leyes Fundamentales e inician el proceso constituyente pese a que, al menos formalmente, no habían sido elegidas con esa finalidad. En esta *era del consenso*, en un clima aún inseguro, cambiante y dinámico, comienzan sus trabajos las Cortes que simultanean sus tareas propias con el seguimiento de los trabajos encomendados a la Ponencia Constitucional¹²¹. Los Plenos de Congreso y Senado aprueban el Proyecto de Constitución el 31 octubre 1978, respaldado masivamente por el pueblo español en *referéndum* de 6 diciembre 1978. Promulgada por el Rey el día 27 de diciembre, entró en vigor dos días después y su Disposición Derogatoria es de particular importancia.

La regulación de las Fuerzas Armadas, fue uno de los temas que se presentaban polémicos en el borrador de la nueva Constitución y que, pese a esto, antes se resolvieron¹²².

En el **ámbito específico** militar, con la reorganización de la Administración y la creación de un Ministerio de Defensa que refundió los tres anteriores, afloraron un cúmulo de problemas antiguos y modernos para cuyo afrontamiento se estudiaron varias posibilidades: empezar por el vértice hasta llegar abajo; la contraria, es decir, comenzar por la base, y una tercera intermedia que consistía en ir dictando disposiciones parciales que posteriormente se integrarían en un conjunto y que fue la seguida¹²³.

1.8. RECAPITULACIÓN.

¹²¹ Los Reglamentos Provisionales de las Cámaras se adoptan en Octubre de 1977. A partir de julio 1978 se aceleraron los trabajos de la Ponencia.

¹²² El primer borrador del que luego sería Artículo 8 aparece en las Actas de la Ponencia Constitucional en su Sesión de 1 Septiembre 1977. En ese momento, la tendencia del debate en la Ponencia era situarlo como norma de apertura de un Título específico dedicado a las Fuerzas Armadas, de Orden Público y estados de excepción. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", *Revista Española de Derecho Militar n.º.67*. enero-junio 1996, pp. 13-14.

- En el borrador publicado el 23 noviembre 1977, ya aparecía tratado en un Título específico, conforme a nuestra tradición, a excepción de la constitución de 1931. Tuvo interés el debate sobre la naturaleza de las FAS, sobre si son parte de la Administración del Estado o una Institución de este. Sobre esta cuestión y la misión constitucional de las FAS, véase TRILLO-FIGUEROA MARTINEZ-CONDE, F.: "Las Fuerzas Armadas en la constitución española...", cit. pp. 109-123.

¹²³ Véase en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Sesión celebrada el martes 10 enero 1978, en la que el Ministro Gutiérrez Mellado hace una amplia exposición de las grandes líneas de la defensa nacional, p.2.

1) El militarismo y la sistemática militar en sus diversas variantes, ha estado presente en muchos de los avatares de nuestra historia política de los siglos XIX y XX, con algunos repuntes de actividad y otros períodos de aletargamiento.

“El Ejército ha estado justamente, o casi, en el meollo de los problemas públicos españoles desde el comienzo del régimen liberal”¹²⁴.

No obstante, es significativo que en el siglo XIX no hubiera ni un solo gobierno militar, si bien algunos miembros del Ejército ejercieron cargos políticos, formaron parte de gabinetes o presidieron algún gobierno.

La actuación del Ejército tuvo un doble carácter, instrumental, como medio de un grupo político para alcanzar el poder y colectivo o institucional, como sumatorio de inquietudes individuales que acaban en injerencia política.

Es preciso distinguir entre *militarismo* e *intervencionismo*, entre la acción del Ejército como Institución y la individual de sus miembros movidos por un líder.

El militarismo trata de imponer a la sociedad su sistema de valores y su visión de la vida, cuando menos con afán de tutorizar el sistema político constituyéndose en una especie de *guardián de las esencias*, sin cuya aprobación o tolerancia no puede prosperar iniciativa política alguna. Tiene vocación de permanencia y penetra todos los ámbitos sociales, incluso con aspiración de modelar la ideología individual.

El intervencionismo militar actúa a golpes de timón, se mantiene en segundo plano y actúa cuando considera que el rumbo político no marcha como debiera, a juicio de los líderes intervencionistas.

En el siglo XIX, el intervencionismo fue una constante por el bajo nivel de cultura política, pero sin acabar en la implantación del militarismo. Le abrieron la puerta tensiones como las existentes entre liberales (anticlericales) y absolutistas (clericales), entre el centro y la periferia peninsular o las tensiones sociales, con un substrato general de irresponsabilidad colectiva, desembocando todo en la asunción forzosa por el Ejército de un papel moderador por razón de las circunstancias, porque era la única fuerza cuyo apoyo podía ser resolutivo.

¹²⁴ PAYNE, S. G.: “El Ejército, la República y...”, cit. p.131.

Existe una tipología variada de formas prácticas de incidir en la política, que va desde el pronunciamiento al golpe de estado, sean aquellos indirectos o directos, con una amplia gama de motivaciones.

Desde 1814 hasta 1874, el Ejército tuvo un protagonismo omnipresente en la vida española, como Institución y como colectivo de personas. Las causas de este hecho son múltiples, como el despuntar de personalidades militares con aspiraciones políticas o el estado de guerra permanente que parece llamar a alguno de ellos para “poner orden” y posibilitar así la implantación de un gobierno constitucional. En suma, la necesidad de una autoridad firme, capaz de dirigir la transición guerra-paz sobre una base constitucional estable, ajena a cualquier interés de clase, llegando a suplir el vacío del poder civil (*sexenio revolucionario* 1868-75).

2) La secuencia cronológica comienza con la crisis del Antiguo Régimen, por la conjunción de factores internos y otros externos, actuando la invasión francesa como detonante. Aunque desde Carlos III el ambiente de cambio ya estaba presente por la acción de algunos gobernantes ilustrados y personajes socialmente influyentes, que comenzaron una revolución controlada de la Administración del Estado en los aspectos administrativos, económico-financieros y militares, excluyendo los aspectos políticos.

El Ejército fue una institución vapuleada por los tiempos, en un solo año (1808) pasó de instrumento leal al servicio de la Corona a tomar posiciones contra un ejército francés que técnicamente era su aliado, para después elegir lealtades entre las distintas Juntas organizadas por todo el territorio para emprender una guerra popular, terminando con su dispersión tras la derrota de Ocaña y la presencia de Napoleón en España.

Sufrió una transformación brutal, pasando en pocos años de ser un Ejército estamental, con asunción de cometidos jurisdiccionales y de gobierno civil atribuidos al Mando militar (Capitanes Generales), a su práctica disolución por la reacción absolutista fernandina de postguerra, como liberal y poco fiable. Todo en un ambiente inseguro, variable, oscilante, marcado por la guerra y sus secuelas de todo orden.

La Revolución de 1868 marca un cambio, porque por primera vez el Ejército como Institución se perfila como alineado con una de las fracciones políticas en discordia.

Durante la Restauración se controla la influencia de los militares como grupo de presión, mediante la política de gestión de personal, la prohibición de participar en la lucha de partidos, la colaboración de Alfonso XII y, sobre todo, porque Cánovas y Sagasta no solicitaron su ayuda para dirimir diferencias políticas. El Ejército que sale de la Restauración se perfila como contrarrevolucionario y defensor del sistema.

Con el reformismo militar, en particular a partir del ministerio del general Cassola (1887) se abre un período convulso de reformas que principalmente giran en torno al intento de corregir graves defectos de la política de personal, nunca solucionados de manera satisfactoria y que acaban cristalizando en el fenómeno de las Juntas de Defensa, fuente constante de discordia en el seno de la Institución y causa directa de mas de una crisis política, aunque dejaron clara la necesidad de acometer en profundidad y extensión la reorganización del Ejército.

Los reveses militares de 1898 y la posterior acción de España en Africa actúan como aglutinante de los militares en torno a sus intereses de grupo, al tiempo que generan un cierto rencor hacia la clase política, con la que se intercambian acusaciones sobre la responsabilidad última del fracaso en defender los restos imperiales en América y Filipinas. Coinciden en el reproche mutuo, los políticos acusan a los militares de incompetencia profesional y técnica y estos a aquellos de lo mismo, al no haberles dotado de los recursos necesarios además de haber creado falsas expectativas en la opinión pública. El resultado es la radicalización de posiciones desde la mutua desconfianza. Cuando se plantea la asunción de responsabilidades de España en Marruecos, actuando en su zona de protectorado asignada, se vio la oportunidad de dar ocupación a un ejército numeroso, pero también es razonable pensar que este ejército no estaba dispuesto a repetir derrota¹²⁵.

¹²⁵ Por proximidad temporal, bastantes de los protagonistas africanos habían combatido ya en Cuba o Filipinas, como el General Silvestre.

La división interna entre militares africanistas y junteros se mantuvo durante la dictadura de Primo de Rivera, que hubo de lidiar con ambas fracciones y acometer simultáneamente la solución de la enquistada guerra de Marruecos.

La actitud conformista o pasiva con que los militares recibieron la Segunda República cambió rápidamente hasta radicalizarse, espoleados por la agresividad de las reformas emprendidas por Azaña como Ministro de la Guerra y, aunque posteriormente Gil Robles procuró anularlas y contrarrestar sus efectos, algunos ya eran irreversibles.

Se ha discutido sobre el papel del Ejército durante el Régimen de Franco y su alcance, si fue el soporte firme y sin fisuras del régimen por lealtad a la jefatura de Franco, si configuró un ámbito autónomo independiente y por encima del poder civil, etc. En cualquier caso, tuvo importancia relevante como elemento configurador de la ideología del régimen por vía de la incidencia de su sistema de valores en la sociedad. En cuanto al intervencionismo militar al modo tradicional, cabe señalar que durante este período se disolvieron gran parte de los factores internos y sociales que empujaron a la acción en épocas anteriores.

Durante la transición a la democracia, el Ejército compite con otros grupos de poder para hacerse un hueco en la nueva etapa política, adoptando medidas internas como la temprana reforma de las Ordenanzas y otras medidas legislativas, como la Orden de 19 noviembre 1977 que regulaba la difusión de ideas por los componentes de las Fuerzas Armadas, dirigidas a controlar el posible entusiasmo de los militares que pudiera llevarles a implicarse personalmente en el proceso que se estaba desarrollando. La regulación constitucional de las Fuerzas Armadas fue un tema polémico que se resolvió pronto, aunque la transacción se refleja en el peculiar tratamiento que reciben.

3) Resulta llamativo que el problema de inflación de personal se arrastre desde la Guerra de Independencia, ya que las necesidades posteriores no permitieron una reducción pacífica de las plantillas a su justa medida, por las guerras carlistas, en América y Filipinas, o la acción africana. El reconocimiento del problema se detecta en la Ley Constitutiva del Ejército de 1878, a cuyo amparo se dictó el Real Decreto de 4 enero 1916, cuya aplicación fue el detonante de un ambiente preexistente, naciendo el movimiento de las Juntas de Defensa que tanto juego llegaría a dar. Las necesidades militares de la

recuperación del territorio del Protectorado marroquí, finalizada por Primo de Rivera en 1927, no ayudaron precisamente a aliviar el problema, que Azaña afrontó con medidas radicales. Tras la guerra 1936-39, durante el régimen de Franco, se arbitraron algunas medidas para aligerar las escalas de personal, pero las mismas circunstancias del régimen en lo interno y de la guerra fría en lo externo, no favorecieron la reducción de personal de un ejército que se percibía como necesariamente numeroso. Cuando cambiaron las circunstancias, ya en los años ochenta, volvieron a arbitrarse medidas reductoras de las escalas de personal militar¹²⁶.

En resumen, tener identificado el problema de la gestión de personal como crucial para las Fuerzas Armadas es importante y relativamente sencillo, pero no lo es dar con las soluciones, como prueba lo relatado.

4) La existencia del asociacionismo militar clandestino ha tenido especial incidencia en la organización militar, como medio para la acción política encubierta o para afrontar deficiencias que esta no solucionaba. Hasta la Primera República no era excepcional la doble condición de militar y miembro de la masonería, y es a partir de entonces cuando comienzan a surgir asociaciones clandestinas específicamente militares en su denominación y fines, bien orientadas a la acción política directa, como la Asociación Militar Republicana para derribar a Primo de Rivera, bien polarizando a los militares agrupándolos por afinidades políticas, como la Unión Militar Española y la Unión Militar Republicana Antifascista, para crear estados de opinión favorables a la defensa de los intereses de ciertas opciones políticas o para actuar como grupos de presión. Todo ello propiciado por un ambiente de fondo reivindicativo y de pugna interna de intereses corporativos e individuales, puesto de manifiesto por el movimiento juntero en el primer tercio del siglo XX.

Durante el régimen de Franco desaparecen las asociaciones clandestinas, que solo rebrotan en los años setenta como una manifestación más de la inquietud generalizada que se vivía ante el inevitable fin de una etapa y el

¹²⁶ Como por ejemplo la creación de la situación de reserva transitoria por Ley 17/1989 de 19 julio, reguladora del Régimen de Personal Militar Profesional que, en síntesis, incentivaba el pase a esta situación garantizando el siguiente ascenso y la percepción de los mismos haberes que en situación de actividad durante un período de quince años.

comienzo de otra desconocida que, en cualquier caso, debía apoyarse en una ideología democrática.

5) En resumen, la presencia de militares en el devenir del constitucionalismo histórico español ha sido una constante, pero como esto no es descubrir nada nuevo, habrá que hacer un esfuerzo para entender porqué un colectivo que hasta 1808 se había mantenido al margen de veleidades políticas ahora irrumpe con pujanza. Las razones pueden ser varias: la desorganización y virtual desaparición del ejército real del sistema político estamental; la ruptura del sistema de reclutamiento de cuadros de mando que produjo las necesidades de la Guerra de Independencia, con unas personas de extracción variada que en circunstancias normales jamás habrían llegado al grado de oficial ni mucho menos soñado con hacer carrera en la milicia o la política; el advenimiento de un nuevo sistema político amparado en la Constitución de 1812 que abría horizontes con un nivel de igualdad formal poco antes inimaginable; el legítimo orgullo de haberse batido por ese estado de cosas, lo que hace nacer el sentimiento de estar recogiendo una recompensa merecida; la no distinción constitucional del militar respecto a otros ciudadanos, etc. Esto hace que en un primer período el militar participe como un ciudadano más, empujando a favor de los nuevos tiempos. Durante el reinado de Fernando VII, esta unidad se cuarteaba en las sucesivas alternancias constitucionales y absolutistas, formando los militares un importante núcleo de la resistencia al absolutismo. Durante las dos primeras guerras carlistas, el factor dinástico añade un nuevo elemento de división al antedicho. El Ejército actúa como elemento decisivo en la caída de Isabel II y es el referente de orden durante el siguiente período revolucionario y Primera República, que se cierra con la proclamación de un rey (Alfonso XII) que se muestra muy próximo a lo militar. Durante la Restauración, si bien no interviene como Institución en el sistema de alternancia de partidos políticos, sí se alinea con el sistema. En este período se sientan las bases administrativas y legales de su organización y cesa el intervencionismo militar, tan frecuente hasta ahora en forma de pronunciamientos, pero el Ejército es empleado en tareas de orden público, lo que de algún modo le enajena el favor de los movimientos revolucionarios. Con la pérdida de Cuba y Filipinas y posteriores guerras de Marruecos, costosas en bajas y sostenidas con un impopular reclutamiento

forzoso, se distancia del aprecio social y se convierte en un objetivo para la acción política de los partidos, lo que provoca el recelo de los militares y su predisposición a intervenciones de mayor calado, con el apoyo de fracciones sociales importantes o la pasividad de otras (dictadura de Primo de Rivera). Por otra parte, al tomar conciencia los militares de su fuerza colectiva para conseguir sus reivindicaciones, se extienden en su empleo, derivando desde lo que eran peticiones de interés profesional al intervencionismo puro y duro mediante presiones políticas injustificables. Durante la Segunda República se produce la división de los militares, que toman posición personal respecto a los grandes bloques políticos o bien se ven arrastrados a servir en uno de ellos, de manera que es el Ejército de Africa quien se levanta contra el gobierno, en un acto sin precedentes en cuanto a volumen, organización y calado del movimiento. Durante el régimen de Franco, el intervencionismo militar se extiende al soporte ideológico del régimen. En cambio, tras la transición y en la actualidad, puede decirse que el intervencionismo militar ha perdido toda su fuerza y hoy pertenece al pasado.

Cabe concluir que la presencia del militarismo ha sido una constante histórica en el orden político y social, unas veces exacerbada, otras en estado latente, que tiende a ocupar espacios de poder vacíos o débilmente sostenidos, porque cuando el sistema político y sus instituciones son lo bastante fuertes y libres, la fuerza militar no tiene mas papel que representar que el suyo propio, el que constitucionalmente les corresponde.

Capítulo Segundo

DERECHOS, LIBERTADES Y FUERZA MILITAR EN LAS CONSTITUCIONES HISTÓRICAS ESPAÑOLAS

En el capítulo anterior se han tocado episodios relevantes de la intervención militar en el ámbito político durante nuestro constitucionalismo histórico.

En este segundo capítulo se tratarán los rasgos significativos de las constituciones históricas españolas en cuanto al enfoque de los principios, derechos individuales y libertades públicas, con atención a las excepciones o particularidades que pueda haber respecto a los militares, así como el tratamiento dado a la fuerza militar.

2.1. TIPOLOGÍA DEL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL.

Las constituciones históricas comienzan con la americana de 1787 y la francesa de 1789, al margen de la existencia de algunos documentos anteriores (ingleses y norteamericanos) que puedan presentar algunas características reconocibles en las constituciones posteriores.

Aunque naturalmente no existe un modelo único de constitución, dada la influencia que en su configuración ejercen los factores históricos, políticos y culturales de la época, sí son reconocibles algunos caracteres que permiten clasificarlas para su mejor estudio en varios grupos entre los que encajaremos las españolas, como las liberales censitarias, las Cartas otorgadas y las Constituciones pactadas, las nacidas en la transformación del liberalismo a la democracia y las correspondientes a una situación de democracia aún inestable¹²⁷.

¹²⁷ En líneas generales, estos grupos se corresponden con los que considera AJA, Eliseo: "Introducción al concepto actual de Constitución", en estudio preliminar a LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Editorial Ariel S. A., Barcelona, 1984, pp. 10-26.

La Constitución de Cádiz (1812) encajaría en el grupo de las **liberales censitarias**. Configura un sistema político nuevo por el que la burguesía participará en la dirección del Estado, mediante la limitación de los poderes del monarca y el desplazamiento de los brazos estamentales, de manera que configurará una monarquía limitada, distribuirá el poder y proclamará ciertos derechos para el común de los ciudadanos. En este sistema, el Rey detenta el poder ejecutivo y dispone sobre el Ejército y la Armada, en tanto que las Cortes se reservan la labor legislativa, que incluye el fijar las cargas fiscales. El Estado se legitima ahora en la soberanía nacional, de cuyo uso se deriva la decisión constituyente de proclamar derechos para todos, entre los que el derecho de sufragio reviste especial relevancia para el sistema, aunque resulta viciado por el modelo censitario adoptado que provoca una grave distorsión porque solo un porcentaje mínimo de la población podía ejercerlo¹²⁸. De manera que lo que se instaura es un sistema oligárquico sobre una inmensa mayoría reducida al silencio y sin armas para influir en las decisiones políticas.

El **origen de la revolución liberal** española se ha polarizado en torno a dos posturas, una que lo atribuye a un hecho fortuito, una improvisación española fruto de la necesidad más que producto de las ideas, y otra que atribuye la irrupción del liberalismo a la existencia de una maduración ideológica previa. Lo cierto es que el liberalismo no nace en España solo en Cádiz, ya que sus causas están en problemas que afectan a todo el territorio y que además eran compartidos por otros países del entorno, tales como el afrontamiento de la expansión demográfica y sus connotaciones económicas, para lo que el sistema del absolutismo ya se revelaba ineficaz. En este sentido, durante el tramo final del siglo XVIII, los *ilustrados* españoles tratan de aportar soluciones desde la evolución del Antiguo Régimen, pero el fracaso de sus autoridades ante la agresión francesa, las presiones populares y las aspiraciones de la burguesía, desencadenaron el proceso revolucionario liberal en España¹²⁹.

En cualquier caso, se acepta que la implantación del liberalismo en España y su expresión en la Constitución de Cádiz es obra de la burguesía liberal. No

¹²⁸ Inferior al tres por ciento de la población. Véase LLORCA, Carmen: *Parlamentarismo y Constituciones en España*, Ediciones Istmo S.A, Madrid, 1988, p.79.

obstante, se ha discutido si su protagonismo corresponde a la gaditana o si es justo extenderlo a la burguesía española en general.

En las Cortes de Cádiz se presenció cómo un activo grupo de diputados defendían las teorías liberales con tesón y fundamento, lo que plantea dudas sobre la espontaneidad de estas actuaciones ejercidas por personas formadas en la sociedad estamental del Antiguo Régimen. Estos grupos liberales, aunque no coincidieran en los métodos y actuaran faltos de coordinación, sí tenían claro su objetivo general, que era la instauración de ciertos principios inspirados en las precedentes revoluciones americana y francesa. En cualquier caso, la decisión, la firmeza y la claridad de ideas esgrimidas sugieren que no fue un movimiento espontáneo sino que venía organizándose y tomando consistencia desde años atrás. De otra manera no se explica la actitud defensiva de la Regencia en Cádiz o la no convocatoria de nobleza y clero para las constituyentes, por ejemplo.

Martínez Quinteiro¹³⁰ al estudiar la cuestión observa que, pese a la ausencia de un partido político liberal en Cádiz, se da la coincidencia de las minorías liberales en ciertos principios doctrinales fundamentales. Para detectar los orígenes de estos grupos y sus coincidencias rastrea hacia el pasado la actividad de las tertulias, las reuniones en los cafés y las juntas clandestinas o ilegales en determinadas ciudades, entre las que sobresalen Madrid, Sevilla y, por fuerza de las circunstancias y ciertas peculiaridades sociales, Cádiz. Concluyendo que esos liberales actuantes en Cádiz eran personas intelectualmente preparadas, empleados en el Estado o la enseñanza, polifacéticos y jóvenes, a los que puede cuadrar el apelativo de *hijos díscolos* de la Ilustración. Porque si los ilustrados fueron pioneros en la preocupación por los derechos humanos, abordaron la cuestión desde un punto de vista que oscilaba entre lo filosófico o religioso y su aplicación práctica, pero en cualquier caso no rupturista, en cambio, los liberales trataron los derechos desde una óptica política y con la firme resolución de hacerlos operativos bajo las premisas de la libertad y la igualdad.

¹²⁹ MARTÍNEZ QUINTEIRO, M^a. Esther: "En torno al primer constitucionalismo hispano. Estado de la cuestión", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, número 28, julio-agosto, 1982, pp. 236-241.

¹³⁰ MARTÍNEZ QUINTEIRO, M^a. Esther: *Los grupos liberales antes de las Cortes de Cádiz*, Ed. Narcea S.A, Madrid, 1977, pp. 16-68 y 89-123.

Torres del Moral¹³¹ opina con Sánchez Agesta que los deseos de reforma sentidos desde fines del siglo XVIII difieren en su motivación. Antes de la guerra de 1808-14, los ilustrados pensaban que la causa de la decadencia española era económica, en tanto que después se atribuyó a razones políticas, por lo que los esfuerzos actuaban en esas direcciones según el momento histórico. Así, los ilustrados españoles se orientaban hacia las reformas económicas y sociales, en una suerte de revolución hecha desde arriba, pero sin cuestionar en modo alguno la monarquía absoluta, ni las consecuencias prácticas de este régimen, como la existencia de una legislación confusa, particularista (fueros) y con peculiares criterios de aplicación. También niega Torres la definición de revolución como equivalente a *cambio cataclísmico*, por considerarlo una visión simplista, porque un cambio revolucionario también puede darse a lo largo de un período de tiempo. En consecuencia, cree que en España sí hubo revolución burguesa, “aunque fuera de forma discontinua, con avances, retrocesos y largos períodos de letargo real o aparente”, pero a la burguesía española le faltó solidez para imponerse y liquidar el Antiguo Régimen. A fin de cuentas, “el litigio se daba entre sectores de la burguesía, las diferencias, aparentemente irreconciliables, no lo eran tanto, y así las variaciones constitucionales se daban en torno a unos pocos principios”¹³². Y la variación en estas cuestiones era de grado, no de fondo, por lo que el régimen político latente en los textos constitucionales fue prácticamente siempre el doctrinario, de modo que hablar de *ley del péndulo* resultaría simple porque solo es una verdad aparente.

Como reacción o contrapartida a las constituciones liberales, aparecen las **Cartas otorgadas** y las **Constituciones pactadas**. En las otorgadas subyace el concepto de evolución y no de ruptura con el pasado histórico, junto a un espíritu de adaptación o transacción limitada, de adaptación a lo inevitable, por el que el monarca acepta cierto control político pero bajo la condición de que estas

¹³¹ TORRES DEL MORAL, Antonio: *Constitucionalismo histórico español*, Átomo ediciones, Cuarta Edición, Madrid, 1991, pp.18-22.

¹³² Que, siguiendo a Sánchez Agesta, girarían en torno a:

- El titular de la soberanía y, consiguientemente, del poder constituyente, así como el alcance del derecho de sufragio.
- El órgano de poder de mayor jerarquía constitucional, las Cortes o el Rey.
- La estructura mono o bicameral de las Cortes y la relación entre ambos cuerpos colegisladores.
- El régimen más o menos abierto de los derechos y libertades.
- La cuestión religiosa.

medidas se presenten como una concesión real graciosa¹³³. Las pactadas presuponen una posición de la burguesía liberal más fuerte que en el caso anterior, pero no tanto como para imponer su criterio, por lo que es preciso recurrir al pacto entre rey y parlamento. En ellas subyace el punto de equilibrio representado por la teoría de la “constitución interna”, que permite eludir la opción entre el poder absoluto del monarca o el del parlamento, que suele ser bicameral, con una cámara reservada a la nobleza. Ambas instituciones forcejean por parcelas de poder, ya que la ganancia de uno siempre será a costa del otro¹³⁴.

El punto de equilibrio descrito y la preponderancia del liberalismo, acaba cediendo a favor del aumento de los poderes parlamentarios. Se pretende democratizar el sistema y para ello es determinante la adopción del sufragio universal y la apertura del reconocimiento de derechos a otros de corte político y social. Se produce así una progresiva transformación **del liberalismo a la democracia**¹³⁵.

Pero las constituciones que surgen tras esta transformación son de difícil gestión, como cabe esperar si la **democracia** es aún **inestable**. Se generaliza el sufragio universal (masculino) y el parlamento es el centro de poder por excelencia, lo que conlleva la necesidad de arbitrar sistemas para corregir sus posibles excesos y en esta línea encajaría la institución del *referéndum*. Por otra parte, el Jefe del Estado tiene amplios poderes, lo que es una fuente de tensión entre ambos. Para arbitrar conflictos, aparecen instituciones como los Tribunales Constitucionales y se produce una significativa ampliación con el reconocimiento de nuevos derechos políticos y sociales¹³⁶.

Existen **otras propuestas** doctrinales para clasificar o agrupar las constituciones españolas bajo criterios diferentes, lo que no hace sino subrayar los confuso del objeto de estudio.

Clavero agrupa las Constituciones bajo los epígrafes: idea constitucional (Constitución de 1812), constitucionalismo liberal civil (Constituciones de 1837 y

TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. p.23.

¹³³ El Estatuto Real de 1834 pertenece a este tipo.

¹³⁴ Las Constituciones española de 1845 y 1876 pertenecerían a este tipo.

¹³⁵ Las Constitución española de 1869 encajaría en este tipo.

¹³⁶ Las Constitución republicana de 1931 encajaría en este tipo.

1845), constitucionalismo liberal político (Constituciones de 1869 y 1876) y constitucionalismo democrático (Constitución de 1931)¹³⁷.

Tomás y Valiente analiza las constituciones históricas españolas y, como referencia inicial, parte de la noción de “mínimo constitucional” para admitirlas o descartarlas como tales constituciones. Esta noción arranca de la revolución francesa, concretamente del Artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano (1789) que establecía que una sociedad en la que “la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”, y se completa con un tercer elemento cual es la necesidad de que el texto que aspire a ser considerado Constitución proceda de los representantes del pueblo “constituidos en Asamblea Nacional”¹³⁸.

En esta tesitura, tras hacer la crítica de otras opiniones doctrinales, aporta su propia clasificación en dos series de Constituciones que son distintas desde diversos puntos de vista. Para ello comienza por la observación de los períodos de vigencia de cada una y continúa con el análisis de las dos líneas ideológicas patentes en nuestra historia constitucional; de una parte, el liberalismo radical surgido en Cádiz y recuperado en la Constitución de 1869, que resurge en 1931 con nuevos elementos y a la que pertenecería la vigente de 1978; de otra, el “moderantismo español” que, como versión española del doctrinarismo francés, impregna los textos constitucionales de 1837, 1845 y 1876, que fueron los más duraderos¹³⁹.

¹³⁷ Véase CLAVERO, Bartolomé: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1986.

¹³⁸ Conforme a este criterio, niega el carácter de Constitución a la Carta de Bayona (1808), al Estatuto Real (1834) y a las Leyes Fundamentales del franquismo. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1989, pp. 125-131.

¹³⁹ En particular se refiere a Sánchez Agesta que, cuando trata de clasificar, ordenar, sistematizar o agrupar las constituciones históricas, alude a una sucesión vertiginosa de “soluciones constitucionales contrapuestas”, en cambio Miguel Artola considera que en realidad solo existió un único texto constitucional entre 1837 y 1931, ya que el pacto tácito entre liberales moderados y progresistas, incluso entre demócratas, no llegó a romperse y realmente se legislaba coyunturalmente sobre materias como legislación electoral, municipal o de imprenta. Tomás y Valiente critica esta opinión y considera que puede ser válida para las Constituciones de 1837, 1845 y 1876, pero que no es aplicable a la de 1969 que contiene diferencias fundamentales respecto al modelo iniciado en 1837. Jesús Lalinde interpreta nuestro pasado constitucional definiéndolo como una “movimiento pendular”, que comenzaría en con la de Cádiz (de influjo *iusnaturalista* y protestante), Estatuto Real (doctrinarismo francés y utilitarismo francés), restauración de la de Cádiz en 1836, que es moderada en 1837 y radicalizada en 1845, la de 1869 es la más estrictamente liberal y la de 1876 que es lo contrario, seguida de la republicana de 1931, el franquismo y la vigente de 1978. Tomás y Valiente también critica esta construcción, pero al

2.2. CARÁCTER DEL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL.

Cuando el investigador se enfrenta con el cúmulo de acontecimientos de todo tipo que es nuestro siglo XIX y primera mitad del XX, le surge la imperiosa necesidad de identificar elementos que puedan servir como puntos de apoyo sobre los que intentar construir una visión comprensible del carácter del constitucionalismo histórico español. En este afán, sobre el conjunto de guerras, revolución política y restauración, aparece con nitidez la lucha por establecer en España un régimen constitucional en el que las clases medias comienzan pugnando contra el sistema político del Antiguo Régimen y su herencia para, en el curso del siglo, acabar defendiéndose de las clases socialmente más desfavorecidas.

“El constitucionalismo se nos revela así en esta primera representación, como el régimen político coherente con una profunda revolución social y económica larvada en la ideología del siglo XVIII, como el régimen de las clases medias”¹⁴⁰.

Este predominio de las clases medias no es intrascendente porque, para la defensa de sus intereses, teñirán con su ideología el enfoque a dar a la constitución vigente del momento. Por ejemplo, propugnarán el sufragio censitario en oposición al universal al que verán como el recurso de las clases bajas para cambiar el sistema.

El hecho es que el siglo XIX tiene un perfil propio y distinto del siglo anterior, marcado por problemas políticos, entre los que Sánchez Agesta resalta la interpretación política de la decadencia, que ya no se atribuye a razones económicas como antaño, además de una revolución que pretende ser tradicional, si tal cosa es posible, y la distinta interpretación de lo que es España, que esgrimen liberales y tradicionalistas¹⁴¹.

final reconoce la presencia de cierta desazón y desorientación. ¿Constituciones contrapuestas en una vertiginosa y fantasmal sucesión?, ¿modelo único entre 1837 y 1931?, ¿movimiento pendular entre 1812 y 1978?. TOMAS Y VALIENTE, F.: *Códigos y Constituciones...*, cit. pp.32-147.

¹⁴⁰ SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. p. 27.

¹⁴¹ Véase SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. pp. 27-36.

Por esto, entre los adjetivos aplicables a nuestra historia constitucional no figura el de pacífica, por la carencia general de períodos estables con un texto constitucional comprensivo de unos principios o normas generalmente aceptados, a la vez que configurador del marco de convivencia y de los límites en los que debiera desenvolverse el juego político. Muy al contrario, la realidad fue que si bien cada nuevo texto significaba un cambio sobre el anterior, esto no implicaba necesariamente un avance, porque las constituciones españolas no han seguido una línea evolutiva uniforme¹⁴². En realidad, no se consiguió integrar a las instituciones y fuerzas sociales prerrevolucionarias con las clases emergentes, porque aquellas se veían en peligro de ser desplazadas. Faltó lo que Sánchez Agesta llamaba “un aliento integrador” y en cambio sí existía una tensión política y social que se fue radicalizando hasta desmoronar un sistema político, en el que la monarquía había estado siempre presente, sin que llegara a cuajar como alternativa¹⁴³.

Las opiniones doctrinales reflejan lo antedicho, si bien varían en cuanto al factor diferencial sobre el que poner el acento. Para Solé Tura y Aja, la historia constitucional española es la crónica de un fracaso y la conciben como una sucesión de intentos para reformar el sistema impuesto por la oligarquía, con algunos éxitos parciales, pero finalmente incapaz de forjar un sistema distinto, de signo liberal-democrático¹⁴⁴. Fernández Segado¹⁴⁵ señala como rasgos generales internos de nuestras constituciones, la falta de originalidad de los textos y su

¹⁴² “...las Cortes españolas son un constante vaivén de avances y retrocesos. Avances en materia teórica y retrocesos en materia práctica. Hay un enfrentamiento constante y permanente entre la monarquía y las Cortes, es decir, entre el poder ejecutivo y el legislativo. Uno y otro están convencidos de que son incompatibles y enemigos declarados; piensan que no podrán nunca gobernar juntos, cuando en realidad son poderes complementarios nacidos para gobernar conjuntamente”. LLORCA, C.: *Parlamentarismo y Constituciones en España*, cit. p. 77.

¹⁴³ Sánchez Agesta identifica dos elementos frágiles e interrelacionados, el sufragio y la monarquía; cuando se limitaba y se controlaba el sufragio, la monarquía tenía que implicarse en las decisiones políticas y cuando aquel se liberó, se usó como instrumento para derribarla. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. p. 554.

¹⁴⁴ Como principales rasgos característicos de nuestros períodos constituyentes citan:

- Un sistema forjado por una oligarquía caracterizada por su cerrazón.
- La inexistencia de verdaderos partidos políticos, lo que facilita el intervencionismo militar directo como vía de cambio de poder.
- El origen militar de todos los períodos constituyentes reaccionarios.
- El empeño de los períodos constituyente democráticos en organizar o crear unas Instituciones que luego no se consolidan.
- La creación de los instrumentos político-organizativos de las clases populares, al margen del Estado.

SOLE TURA, J.; AJA, E.: “Constituciones y períodos constituyentes...”, cit. pp. 136-144.

carácter partidista y, como rasgos externos, la falta de arraigo y el desarrollo del proceso político al margen de la normativa constitucional.

La **inestabilidad** constitucional es la característica más comúnmente aceptada, pero no procede de una sola causa.

Así, en un esfuerzo de síntesis por subrayar las causas de la inestabilidad constitucional en España, Alzaga Villaamil agrupa las más determinantes y notorias en cuatro: la concepción de las constituciones como constituciones de partido, la concepción como piedra filosofal o según la dicción del texto de Cádiz “como instrumento para conseguir la felicidad de la nación”, la escasa expansión de la ideología liberal en España, y la visión de la constitución como *mera hoja de parra* para tapar las *vergüenzas* políticas de quienes hicieron y deshicieron las constituciones según su interés partidista¹⁴⁶.

Además de subrayar la *fiebre constituyente* que ha hecho figurar a España entre los países europeos con mayor número de constituciones, Tomás Villarroya¹⁴⁷ atribuye esta mayor inestabilidad constitucional a la presencia de factores como la vigencia de una misma constitución en diversas etapas (CE1812) o los intentos de reforma generados estando vigente la constitución (Bravo Murillo), todo en un contexto político convulso y bajo la sensación de amenaza permanente hacia la constitución vigente en el momento. Pero entre las causas directas de esta inestabilidad constitucional resalta dos: la pretensión de cada partido o facción política de ver su programa traducido en el articulado constitucional y la convicción en los resultados benéficos para la actividad política que tendría una determinada constitución o institución recogida en ella. El resultado es que no ha existido una auténtica y desinteresada “devoción y afección” a la Constitución, que ha sido más un factor de discordia política que un vínculo de unión¹⁴⁸.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp. 50-55.

¹⁴⁶ ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: *Derecho político español. Según la Constitución de 1978 (I)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 68-75.

¹⁴⁷ TOMÁS VILLARROYA, Joaquín: *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, (8ª edición), Madrid, 1989, pp. 9-10.

¹⁴⁸ Astarloa Villena suscribe esta opinión al tiempo que considera que en España la regulación de derechos y libertades ha sido una de las partes más afectada. ASTARLOA VILLENA, Francisco: “Los derechos y libertades en las Constituciones históricas españolas”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº. 92, abril-junio 1996, p.207.

Torres del Moral coincide en que la inestabilidad es el carácter más comúnmente aceptado, pero percibe que esa capa de inestabilidad se asienta sobre un estrato más estable, como es la relativa continuidad del crecimiento económico y el asentamiento de los presupuestos ideológicos de la clase política. Por último, suscribe con Sánchez Agesta la opinión de que el carácter más significativo no es otro que la superficialidad, manifestada en la falta de arraigo del constitucionalismo como régimen, en contraste con la consideración de la constitución como instrumento mágico para conseguir fines políticos, que se asociaba al grupo en el poder y de ahí la necesidad de cambiar ese instrumento, por lo que “a la postre, la política transcurrió siempre al margen de los textos constitucionales”¹⁴⁹.

La causa de esta inestabilidad o superficialidad se ha atribuido a la carencia de una revolución burguesa, en un ambiente mediatizado por la invasión francesa, que polarizó opiniones con un desastroso efecto simplificador al asimilar el liberalismo con el afrancesamiento y el absolutismo borbónico con el patriotismo, aunque, como se ha visto también hay quien no solo afirma que existió tal revolución burguesa sino que la acota con fechas precisas.

Otra causa de inestabilidad que Torres comparte con Solé Tura y Aja, es la poca consistencia de los partidos, que atribuye a la extrema limitación del cuerpo electoral, lo que impedía la permanencia y el desarrollo de comités electorales fuertes.

No obstante, para Fernández Segado¹⁵⁰, tanto conservadores como revolucionarios encontraron un punto de acuerdo mínimo en la aceptación de ciertos principios comunes, como eran la necesidad de una ley fundamental escrita reguladora de la organización política y de los poderes públicos, el sufragio como medio para configurar los órganos representativos y la necesidad de un régimen de libertades individuales.

Así, parece clara la permanencia de ciertas ideas-fuerza que, gestadas en las críticas circunstancias de 1809, no solo iluminaron el proceso de elaboración del primer texto constitucional, sino que se mantuvieron presentes en los que vendrían después en forma de aceptación, rechazo o modulación. Ideas que para

¹⁴⁹ TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. pp.16-22.

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp. 37-38.

Sánchez Agesta¹⁵¹ fueron: la tradición renacida, la soberanía nacional, la libertad de expresión, la racionalización del poder, la defensa de la libertad, la afirmación de la igualdad entre los españoles y la importancia de la democracia municipal.

En general, el constitucionalismo español siguió las corrientes europeas, por lo que no fue radicalmente original, salvo en lo tocante a la doctrina de la constitución interna.

Respecto al punto concreto de la recepción de las cuestiones militares en las constituciones históricas, se reguló poco y con matices o peculiaridades, lo que permitía interpretaciones interesadas¹⁵².

2.3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA (19 marzo 1812).

“Las Cortes generales y extraordinarias de la nación española, bien convencidas, después del más detenido examen y madura deliberación, de que las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones, que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la nación, decretan la siguiente Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado”¹⁵³.

Estas líneas del preámbulo de la Constitución Política de la Monarquía Española de 19 marzo 1812¹⁵⁴, contienen ciertas claves para comprender el alcance del texto que estableció el patrón básico del liberalismo decimonónico español.

Las Cortes expresan su convicción en la plena validez de las “leyes fundamentales” de la actual Monarquía, por lo que no se trata de romper con el pasado y comenzar algo nuevo. Pero también resaltan el hecho de que, en su estado actual, aquellas leyes no funcionan como debieran, por lo que era preciso

¹⁵¹ SÁNCHEZ AGESTA, Luís: “Introducción” al *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812 de Agustín de Argüelles*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p.62.

¹⁵² A este respecto, Cotino Hueso afirma que durante el siglo XIX, “la no regulación constitucional parecía ser el soporte de una autonomía de las FAS, el reconocimiento de un poder militar que fue constante en el *iter* histórico”. COTINO HUESO, L.: “El principio de supremacía civil...”, cit. p.103.

¹⁵³ Véase en TIERNO GALVÁN, Enrique: *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978)*, Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1979, p.27.

mejorarlas acompañándolas de las “oportunas providencias y precauciones” como mecanismos de garantía para asegurar su cumplimiento, ajustando los hechos a los preceptos y eso de “modo estable y permanente”, lo que sugiere el rechazo de excepciones y una aplicación igualitaria. Es igualmente significativo que sean las propias Cortes quienes decreten esta Constitución para el Estado. Así, lo que aparentemente es una continuidad para la mejora y salvaguardia del Antiguo Régimen, en realidad encierra el revolucionario principio de residenciar la soberanía en la Nación y no en la Corona¹⁵⁵.

Además de la revolución política, la obra de las Cortes de Cádiz comprendía la revolución social orientada a eliminar el viejo orden, a favor de los intereses de la nueva burguesía ilustrada que era la impulsora del nuevo sistema, lo que implicaba legislar contra los privilegios estamentales.

En realidad era un paso más, aunque decisivo, de la revolución en lo social y en lo económico que venía fraguándose desde la Ilustración, que ahora se materializaba en lo político y que además, lejos de la pretensión de las Cortes, tendría un desarrollo violento.

Con independencia de las intenciones manifestadas por los constituyentes, el hecho es que alumbraron un nuevo régimen, en un acto revolucionario que cambió el sistema vigente al modificar el concepto de soberanía y el sistema de

¹⁵⁴ En adelante, CE1812.

¹⁵⁵ En esta línea, Fernández Segado señala la tesis mantenida por algunos autores de que los constituyentes no pretendía revolucionar, “sino restaurar, en la organización del Estado y en las libertades de los españoles, la tradición rota por el absolutismo de los primeros Austrias”, como se desprende del Preámbulo del texto constitucional. Por su parte sostiene que el texto constitucional es original y que está influido por la tradición histórica española. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp.72-74.

Constituye una incógnita la explicación de cómo partiendo de una restauración, renovación o restitución de las antiguas leyes fundamentales de la Monarquía y en un contexto de guerra total contra la Francia revolucionaria, puede desembocarse en la revolución liberal española, que asume postulados de aquella. A ese respecto, Martínez Quinteiro recoge opciones doctrinales, aunque subraya que “lo que importa, y prácticamente nadie ignora, es que en las raíces de nuestra corriente liberal existen innegables influencias extranjeras, entre las que la francesa, si no tan exclusiva como a veces se ha pretendido, parece efectivamente la más pujante y vigorosa”. Otra faceta del debate estriba en dilucidar si esta influencia francesa fue de forma o de fondo y si en este segundo caso sufrió un proceso de *españolización*. Véase MARTÍNEZ QUINTEIRO, M. E.: “En torno al primer constitucionalismo hispano...”, cit. pp. 236-240.

Existía confrontación entre los que no deseaban unas Cortes constituyentes y soberanas, por no ser adecuado el momento para definir una Constitución que debía tener raíces en la monarquía histórica (Jovellanos) y los que exigían una Constitución nueva elaborada por unas Cortes representantes de la soberanía nacional (Quintana), pero incluso los más activos (Argüelles) se referían al proceso como “reforma constitucional”. CLAVERO, B.: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, cit. pp.33-35.

representación en las Cortes, introduciendo además el principio de separación de poderes.

El texto de la CE1812 es el mas extenso de nuestra historia, con un tratamiento racional de las cuestiones, en algún caso no exento de cierta ingenuidad, que hace pensar si los constituyentes realmente eran conscientes de que estaban quebrando el régimen existente y emergiendo como un poder revolucionario, en cuanto a que se presentaba como depositario de la soberanía nacional y además pasaba a la acción como poder constituyente.

“Todo poder constituyente es consecuencia de un acto de reflexión mediante el que se objetivan jurídicamente hechos precedentes que han sido consentidos o no resistidos y que responden a una ideología”¹⁵⁶.

Se podría decir que la Constitución de Cádiz es la expresión de este poder en estado de gran pureza, porque a los constituyentes no se les señaló instrucción, regla, guía o principio alguno que mediatizara su trabajo, ni tenían texto de referencia a combatir o reformar. Al contrario, se movían en un ambiente en el que las Instituciones y la Administración pública habían desaparecido bruscamente o quedado inoperantes y en el que la única referencia aceptable parecía ser la ofrecida por la antigua organización de la monarquía, con un Rey cuya autoridad era limitada y unas Cortes que debían ser oídas en los asuntos graves o importantes. En esta situación, fueron identificando los principios en que debía fundarse la Constitución y positivizándolos en una serie de decretos publicados entre septiembre de 1810 y enero de 1811¹⁵⁷.

“En raras ocasiones el instinto de conservación de un pueblo ha logrado tanto como en 1808. Resistir hubiera sido mucho. Pero organizar la resistencia en el vacío, era mucho más. Había que empezar, como si nos hallásemos en el comienzo del mundo, por crear un órgano de relación y de mando: es decir, el Estado. Y a crearlo, como Dios les dio a entender, se aplicaron las regiones y provincias”¹⁵⁸.

2.3.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y LIBERTADES.

¹⁵⁶ SÁNCHEZ AGESTA, L.: “Introducción” al *Discurso Preliminar...*, cit. p. 59.

¹⁵⁷ Principios de soberanía nacional, división de poderes, monarquía moderada y libertad de los ciudadanos. Véase SÁNCHEZ AGESTA, L.: “Introducción” al *Discurso Preliminar...*, cit. pp. 41-42.

¹⁵⁸ FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor: *Orígenes del régimen constitucional en España*, Editorial Labor S.A, Barcelona, 1976, p.68.

La Constitución de Cádiz descansa preferentemente sobre tres principios: soberanía nacional, división de poderes y nueva representación no sujeta a mandato imperativo¹⁵⁹.

Los constituyentes dividieron el texto en partes, para tratar en una distribución lógica la soberanía nacional y el poder legislativo, el Rey y el poder ejecutivo, la autoridad delegada de jueces y tribunales y, por último, el establecimiento, uso y conservación de la fuerza armada, además de las cuestiones económicas y administrativas relativas a provincias. Clasificación que es producto de la naturaleza misma de la sociedad¹⁶⁰.

La adopción del principio de **soberanía nacional** se produjo cómo resultado natural de un proceso marcado por la sumisión de la familia real a Napoleón en Bayona y la incapacidad del desprestigiado Consejo de Castilla para ejercer autoridad, con la consiguiente orfandad del pueblo español carente de liderazgo institucional en un momento crítico y la necesidad de afrontar por sí solo la defensa de su independencia, que organiza a través de un sistema de Juntas provinciales que asumían la representación de la Nación.

El principio de soberanía nacional es determinante, porque significa atribuir el poder al conjunto de los ciudadanos, que se expresan a través de sus representantes en Cortes sin distinción de estamentos. “La soberanía reside esencialmente en la nación” (Artículo 3), lo que supone el desplazamiento del Rey a un escalón inferior, en paridad con la Cortes, como órganos constituidos para el mejor ejercicio de la soberanía, lo que originó una pugna entre el principio de soberanía absoluta y la posición intermedia de la soberanía conjunta Rey - Cortes que durará todo el siglo XIX¹⁶¹.

“El talante democrático de la constitución se manifiesta en el principio de la soberanía nacional, que, a su vez, se instrumenta mediante el sufragio universal. La adopción del modelo de mandato representativo y la

¹⁵⁹ A juicio de Fernández Segado, la Constitución de 1812 descansaba sobre los seis principios fundamentales de soberanía nacional, división de poderes, representación nacional en Cortes, igualdad, libertad y unidad religiosa y confesionalidad. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp. 80-95.

¹⁶⁰ Véase ARGÜELLES, Agustín de: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 77-82.

¹⁶¹ Según Astarloa Villena, el Decreto de las Cortes de 24 septiembre 1810, liquida el Antiguo Régimen al declarar que los Diputados representan a la Nación, no a los estamentos, y al afirmar la soberanía nacional y la división de poderes como manifestaciones más importantes de esta transición. ASTARLOA VILLENNA, F.: “Los derechos y libertades en las Constituciones...”, cit. p. 213.

inexistencia de instituciones de participación popular directa hacen que fuera un Estado representativo el perfilado por la Constitución”¹⁶².

Los constituyentes tenían la convicción de que las antiguas leyes de la monarquía española reconocían libertades políticas y civiles, pero que esta circunstancia se había desvirtuado por la acción del absolutismo. Con sentido práctico, se intentaba recuperar y mejorar este antiguo sistema incorporando las mejoras que la teoría política había alumbrado y la práctica sancionado como dignas de tenerse en cuenta y, entre estos “adelantamientos de la ciencia del Gobierno”, sobresalía la doctrina de la **división de poderes**, aquí entendida como verdadera separación y que ahora se utilizaba para moderar la acción de la Monarquía al hacer que el Rey compartiera el poder legislativo con la Cortes, si bien conservando el poder ejecutivo, pero también asignando el poder judicial a los “tribunales establecidos por la ley”¹⁶³.

Las Cortes simultanearon su labor constituyente con la del gobierno del Estado y así fueron dando respuesta legal en forma de decretos a las necesidades que iban surgiendo, de modo que cuando se promulgó la CE1812 existía ya alguna regulación, como la relativa a ciertos derechos fundamentales cuyo ejercicio se percibía crítico como asociados al **principio de libertad** de su Artículo 4¹⁶⁴.

El texto de Cádiz no contiene una **declaración de derechos** al modo de la Constitución americana o francesa. Los derechos están dispersos, aunque algunos son mencionados expresamente, en una configuración del texto como recurso para la contención o limitación del poder, mediante la declaración constitucional de los derechos individuales¹⁶⁵.

Estos derechos están impregnados del individualismo propio del espíritu liberal y son de destacar los de **libertad y seguridad** personales, cuyo

¹⁶² TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. p. 39.

¹⁶³ Principio formulado por Montesquieu y ya recogido en la Constitución norteamericana de 1787, en la francesa de 1791 y en los Artículos 14 al 17 de esta CE1812.

¹⁶⁴ “La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen” (Artículo 4).

¹⁶⁵ Fernández Segado destaca la seguridad personal (Artículos 287, 290, 193, 295), los derechos del detenido (Artículos 300, 302, 303), las garantías procesales (Artículos 244, 247), el derecho a la inviolabilidad del domicilio (Artículo 306), el de petición (Artículo 373), el derecho de sufragio (Artículo 27), la libertad de expresión (Artículo 371). FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp. 89-91.

afianzamiento constitucional era un tema que preocupaba a los constituyentes como garantía frente a futuras adversidades¹⁶⁶. En el Título V, Capítulo III,¹⁶⁷ se establecen garantías procesales de las que se derivan la protección de ciertos derechos para el mejor funcionamiento de la administración de justicia. De modo que para apresar a un español, debe procederse conforme al principio de legalidad, con exigencia de un mandamiento judicial por escrito y con notificación al apresado (Artículo 287), que antes de ingresar en prisión debe ser presentado al juez (Artículo 290), todo completado con disposiciones relativas a jueces y alcaides en prevención de detenciones arbitrarias (Artículo 299). Entre otros, se incluye el derecho a un proceso público (Artículo 303), la abolición del “tormento y los apremios” (Artículo 303), de la confiscación de bienes (Artículo 304) o la prohibición de transmitir la pena a la familia del delincuente (Artículo 305).

La preocupación por la salvaguarda de la libertad personal y la **propiedad** (Artículo 4) es patente en el texto constitucional, por lo que además de las cautelas mencionadas, también figura entre las restricciones de la autoridad real, la de no poder “el Rey privar a ningún individuo de su libertad ni imponerle por sí pena alguna” (Artículo 172), llegando incluso a mencionarse en la fórmula del juramento a prestar ante la Cortes, en su advenimiento al Trono, “que no tomaré jamás a nadie su propiedad y que respetaré, sobre todo, la libertad política de la nación y la personal de cada individuo”(Artículo 173).

La **libertad de expresión**, centrada en la de imprenta (Artículo 371), previamente establecida por vía del Decreto de 10 noviembre 1810, es de tipo represivo, mediante el enjuiciamiento de los hechos *a posteriori*, aunque sin ignorar la necesidad de un cierto control. Libertad estimada tan necesaria para el progreso y la vida política que las Cortes se arrogan la facultad de “proteger la libertad política de la imprenta” (Artículo 131. 24).

La **inviolabilidad del domicilio** del Artículo 306, que ciñe el allanamiento a los casos legalmente previstos.

Junto con la división de poderes y la atribución del poder legislativo a las Cortes, el **sufragio** era uno de los puntos centrales de la labor constituyente porque estaba estrechamente ligado con el principio de soberanía nacional que,

¹⁶⁶ “Pero no contaron con que tales barreras de papel mal podían detener en su fuerza a Fernando VII”. FERNÁNDEZ ALMAGRO, M.: *Orígenes del régimen constitucional en España*, cit. p.135.

una vez aceptado, hacía inviable el sostenimiento del antiguo sistema de representación en Cortes por ciudades o por la calidad personal (nobles). De manera que se plantearon nuevos problemas como el alcance del sufragio (activo y pasivo) y la configuración de las Cortes sin estamentos, lo que implicaba que la elección de los nobles o de los eclesiásticos podría producirse, pero solo en su calidad de ciudadanos españoles.

El derecho de sufragio está amplia y minuciosamente recogido en el articulado, en una doble configuración, ya que el sufragio pasivo es censitario mientras que el activo es universal pero indirecto, al estar sometida la opinión del electorado a diversos filtros sucesivos, lo que “confiere a las Cortes y al sistema político un sesgo acusadamente burgués”¹⁶⁸.

Se abandonó la representación estamental característica del Antiguo Régimen, por las razones expuestas en el Discurso Preliminar¹⁶⁹, lo que favoreció a los procedentes del antiguo estamento no privilegiado, que fueron mayoría¹⁷⁰.

El método seguido para designar los diputados constituyentes no fue el que implantaría el posterior texto constitucional, que presentará como una de sus innovaciones principales el exigir para ser elegido diputado “la condición de tener una renta anual proporcionada, procedente de bienes propios”.

En cuanto al carácter representativo de las Cortes,

“Así como se han suprimido los brazos por incompatibles con un buen sistema de elecciones, o sea, representativo, por la misma razón se ha omitido dar diputados a las ciudades de voto en Cortes; pues habiendo sido estas la verdadera representación nacional, quedan hoy incorporadas en la masa general de la población, única base que se ha tomado para en adelante”¹⁷¹.

Otro de los principios sobre los que descansa la Constitución de 1812 es el de **igualdad**, también tratado por un Decreto de las Cortes de agosto 1811, por el que se suprimieron los señoríos. Sus manifestaciones más significativas son la

¹⁶⁷ “De la administración de justicia en lo criminal”. Artículos 286 a 308.

¹⁶⁸ TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. p. 42.

¹⁶⁹ Razones como la carencia de intereses diferentes al común de los ciudadanos por parte de nobles y prelados, al haber desaparecido sus derechos y privilegios exclusivos; o el obstáculo práctico que suponía la desigual distribución de la nobleza en España; o la “espantosa desunión” que seguiría de cualquier separación de los diputados en estamentos, etc. Véase ARGÜELLES, A.: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, cit. pp. 82-89.

¹⁷⁰ Mayoría aplastante, según FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp. 65-66.

unidad de fuero¹⁷² (Artículo 248) y la unidad de códigos¹⁷³ (Artículo 258), aunque con las excepciones expresas del fuero eclesiástico (Artículo 249) y castrense (Artículo 250)¹⁷⁴.

El abuso de los fueros privilegiados se tenía por una de las causas principales del mal funcionamiento y resultados de la administración de justicia y fue muy criticado por la Comisión redactora del proyecto constitucional.

“El conflicto de autoridades que llegó a establecerse en España en el último reinado, de tal modo había anulado el imperio de las leyes, que casi parecía un sistema planteado para asegurar la impunidad de los delitos”¹⁷⁵.

El fuero eclesiástico se mantuvo, pero como solución transitoria, hasta que las autoridades civil y eclesiástica arreglasen este punto.

En cambio, se consideró indispensable que los militares mantuvieran su fuero particular en la parte “que sea necesaria para conservar la disciplina y subordinación de las tropas”, reconociendo que “solo la ordenanza es capaz de arreglar este punto tan importante, de modo que se concilien el objeto de la institución militar y el respeto debido a las leyes y a las autoridades”¹⁷⁶. Al ceñirse así el contenido del fuero a lo necesario para conservar la disciplina y subordinación de las tropas, cambiaba la naturaleza de este, que si antes era un privilegio personal del estamento militar, ahora se convertía en una carga, una excepción gravosa respecto al régimen normal de la administración de justicia en consideración a las exigencias y necesidades de la función militar.

Como consecuencia de la implantación de este principio de igualdad, se suprimieron las pruebas de nobleza para acceder a cargos públicos, incluida la carrera militar.

¹⁷¹ Véase ARGÜELLES, A.: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, cit. pp. 82-89.

¹⁷² Artículo 248 CE1812: “En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá mas que un solo fuero para toda clase de personas”.

¹⁷³ Artículo 258 CE1812: “El Código Civil y Criminal, y el de Comercio, serán los mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”.

¹⁷⁴ Artículo 250 CE1812: “Los militares gozarán también de fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere”. Que enlaza con lo dispuesto en el Artículo 131: “Las facultades de las Cortes son: [...] Undécima: Dar ordenanzas al Ejército, Armada y Milicia nacional en todos los ramos que los constituyen.” Y con el Artículo 359: “Establecerán las Cortes, por medio de las respectivas ordenanzas, todo lo relativo a la disciplina, orden de ascensos, sueldos, administración y cuanto corresponda a la buena constitución del Ejército y Armada”.

¹⁷⁵ ARGÜELLES, A.: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, cit. p. 99.

¹⁷⁶ ARGÜELLES, A.: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, cit. p.100.

La rotunda declaración de **confesionalidad** del Estado contenida en el Artículo 12¹⁷⁷, en contradicción con el carácter liberal de texto constitucional, fue una concesión a la amplia representación del clero, en favor de la paz de los debates.

Por último, se contempla el derecho de **petición** de todo español ante las Cortes, “para reclamar la observancia de la Constitución” (Artículo 373), con la finalidad de reforzar las garantías y la protección efectiva de los derechos reconocidos en el mismo texto.

2.3.2. LA FUERZA MILITAR NACIONAL.

En el ámbito militar habían aparecido nuevas formas de guerra popular, revolucionaria o de independencia, que exigían un volumen de medios y personal hasta ahora desconocidos.

Existía la necesidad de transformar el Ejército, de instrumento eficaz y exclusivo del poder real, a defensor de la nación y del nuevo sistema político de libertades, sin comprometer por ello su eficacia en operaciones y este interés se refleja en la relativa abundancia de preceptos que mencionan lo militar en la Constitución de 1812.

Se replantearon cuestiones antiguas bajo el nuevo enfoque, junto a otras nuevas como el carácter permanente del Ejército, su dependencia del poder ejecutivo, la obediencia, la inserción plena de los militares en la nueva sociedad de clases, la igualdad y consiguiente erradicación de privilegios ya incompatibles o la idea de nación armada encuadrada en las milicias. El desafío era transformar la fuerza armada, de enemigo potencial a firme defensor del sistema.

La Comisión redactora del Proyecto de Constitución entendió la facultad de levantar tropas como una necesidad ineludible para la defensa interior y exterior del Estado, mientras que existiera en Europa “el fatal sistema de ejércitos permanentes”, entendiendo esta facultad como propia de las Cortes en cuanto que representantes de una nación libre. Pero también se percibía un lógico recelo

¹⁷⁷ Artículo 12 CE1812: “La religión española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”.

hacia los ejércitos permanentes, por lo que justificaba su argumentación y adoptaba ciertas cautelas¹⁷⁸.

“Como el servicio militar es una contribución personal sobre los súbditos de un Estado, tanto mas gravosa al que la sufre cuanto le sujeta a leyes mas duras, disminuyendo en parte su libertad civil, es preciso que las Cortes la otorguen por tiempo limitado, y en virtud de utilidad o necesidad calificada”¹⁷⁹.

Las cautelas se centraban en “la sagrada obligación [...] de no permitir se convierta en instrumento de opresión lo que está destinado para conservar su independencia y libertad”, para lo que se fijaba anualmente el volumen de tropas y la manera de reclutarlas, entre otras medidas. También cabría ver como cautela la distinción entre ejército permanente y milicia nacional, fuerza de carácter territorial provincial cuya existencia se justificaba como refuerzo del ejército para caso de invasión. La utilidad de esta milicia “baluarte de nuestra libertad”, era ofrecer el medio a la nación de asegurar su independencia ante enemigos exteriores así como “su libertad interior en el caso de que atentase contra ella algún ambicioso”.

El diseño jurídico-constitucional regulador de las relaciones entre Rey, Cortes y Fuerza Militar, estima Blanco Valdés¹⁸⁰ que se basaba en el reparto de competencias entre el Rey y las Cortes sobre la base de una especialización funcional, en una correlación entre el órgano y la función que le es propia. Así, al Rey se le atribuyeron funciones ejecutivas y a las Cortes las legislativas. Pero en lo relativo a la política militar, estos límites no se respetarían escrupulosamente, de modo que cada órgano asumió constitucionalmente algunas funciones, mas por lo decisivo de las materias que siguiendo el criterio mencionado.

Como poder restrictivo para el poder real, a las Cortes de Cádiz se le atribuyeron las facultades propias de su función legislativa, como las de fijar anualmente el volumen de las fuerzas de tierra y mar, a propuesta real (Artículo 131.10^a), la forma de reclutamiento (Artículo 357), la de dar ordenanzas al

¹⁷⁸ En tiempo de paz, los ejércitos permanentes eran vistos con desconfianza por ser considerados peligrosos para la libertad. Así, desde 1689, el Parlamento de Inglaterra autorizaba anualmente a la Corona para disponer de un Ejército y los Estados Unidos (1783) y Francia (1789) sustituyeron el Ejército regular (de tradición absolutista) por una Milicia.

¹⁷⁹ ARGÜELLES, A.: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, cit. p.123.

¹⁸⁰ BLANCO VALDÉS, Roberto L: “Rey, Cortes y Fuerza Armada en el Trienio Liberal: Hacia la progresiva parlamentarización de la monarquía constitucional”, en AA.VV, Edición al cuidado de Juan Cano Bueso, *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Parlamento de Andalucía, Ed. Tecnos S.A, Madrid, 1989, p.75.

Ejército, Armada y Milicia nacional (Artículo 131.11ª; 359 y 363) y la aprobación previa a la ratificación de los tratados de alianza de carácter ofensivo (Artículo 131.7ª). Además de las facultades para un poder de control excepcional, traducidas en la necesidad de su autorización para que el Rey pudiera disponer de las tropas de las Milicias fuera de su ámbito provincial (Artículo 365) y la del Artículo 131.8ª sobre la preceptiva autorización para admitir tropas extranjeras en el Reino.

También tomaron otras decisiones, como la supresión de las pruebas de nobleza, la reorganización del sistema de recompensas o la generalización de la obligación de prestar el servicio militar, aunque permitirán la exención del servicio pagando.

Como titular del poder ejecutivo, al Rey se le atribuían las facultades necesarias para la dirección político-militar, como la de libre disposición de la fuerza armada distribuyéndola como más convenga (Artículo 171.9ª) y la limitada sobre la Milicia (Artículo 365), el mando del Ejército y la Armada así como el nombramiento y la provisión de todos los empleos militares (Artículo 171.8ª y 5ª), la de hacer la guerra y declarar la paz (Artículo 171.3ª).

Al afrontar la distribución de competencias respecto a la fuerza militar, pesó en el ánimo de los constituyentes la salvaguardia de la eficacia en una cuestión como esta en la que la rapidez en la toma de decisiones y la capacidad de reacción podía ser vital para la propia supervivencia nacional. Por eso asignaron al ejecutivo las facultades para decidir en cuestiones que no permitían dilaciones y, en cambio, se reservaron para las Cortes otras que sí podían admitir cierto retraso sin grave perjuicio.

“Si para declarar con oportunidad una guerra fuese necesario esperar a la lenta e incierta resolución de un congreso numeroso, la potencia agresora o injusta tendría la más decidida superioridad sobre la nuestra...”¹⁸¹.

El texto de 1812 dedicó su Título VIII a la Fuerza Militar Nacional (Artículo 356 a 365), introduciendo el nuevo concepto de “fuerza militar nacional permanente” y dependiente del Legislativo, con un Ejército que ya no será “real” y sí “nacional”. El Título consta de dos capítulos, estando dedicado el primero a las tropas de continuo servicio. Las Cortes fijarán anualmente el número de hombres

y buques necesarios, así como el modo de reclutar, y establecerán “cuanto corresponda a la buena constitución del Ejército y Armada” mediante las respectivas ordenanzas. Prevé el establecimiento de escuelas militares para la enseñanza e instrucción de las armas, así como la obligatoriedad del servicio militar para los españoles cuando “fuere llamado por la ley”, según la visión del soldado como “ciudadano armado solamente para la defensa de su patria” que, suspendido de sus ocupaciones civiles, debe tomar las armas para defender la nación de invasiones u ofensas.

Los cuatro artículos del capítulo segundo están dedicados a las “milicias nacionales” (Artículo 362) que se constituirán en cada provincia con sus habitantes, arrojándose conforme a una ordenanza particular, en una modalidad de servicio que “no será continuo, y solo tendrá lugar cuando las circunstancias lo requieran”, ceñido además al ámbito provincial, salvo autorización de las Cortes.

En la asignación de misiones, al ejército permanente le corresponde la defensa exterior del Estado y la conservación del orden interior, mientras que a las milicias les toca la protección de la libertad¹⁸².

2.3.3. VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812 EN EL TRIENIO LIBERAL.

La presencia militar entre los diputados de las constituyentes de Cádiz era significativa (una octava parte)¹⁸³ y lógicamente no descuidaban aquellas cuestiones que profesionalmente les eran más próximas, aunque por las

¹⁸¹ ARGÜELLES, A.: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, cit. pp. 89-91.

¹⁸² Las Milicias se regularon por reglamentos y órdenes sucesivas, hasta el Reglamento de la Milicia Nacional Activa (aprobado el 18 noviembre 1821) y la Ordenanza para la Milicia Nacional Local de la Península e Islas Adyacentes (29 junio 1822). Ambas configuraban a la Milicia como un Cuerpo politizado, destinado a sostener la Constitución. Pero las funciones de la Nacional Activa, en el ámbito provincial, estaban bien articuladas con las misiones del Ejército permanente, en cambio, la Nacional Local se configuraba como un Cuerpo de carácter burgués y urbano, al margen de la autoridad militar y no sujeto al fuero castrense. Véase en SECO SERRANO, C.: *Militarismo y civilismo...*, cit. pp. 49-50.

¹⁸³ La distinción entre la pertenencia exclusiva a la nobleza o a la burguesía ya dejaba de presentar límites nítidos, porque en el caso de la ciudad de Cádiz, donde era escasa o inexistente la nobleza terrateniente, los nobles se dedicaban al comercio o a la milicia. MARTÍNEZ QUINTEIRO, M. E.: “En torno al primer constitucionalismo hispano...”, cit. p. 231.

circunstancias de la guerra y el pronto regreso de Fernando VII, se resintió la producción legislativa¹⁸⁴.

Con la iniciativa de ciertos diputados (*Manifiesto de los Persas*) y la clara intención de *el Deseado* de volver al estado de cosas anterior, se abre un *sexenio absolutista* que comienza por declarar “nulos y de ningún valor los actos del Gobierno llamado constitucional” y termina tras el pronunciamiento de Riego en las Cabezas de San Juan (1 enero 1820). Recién abiertas las Cortes del *trienio liberal* (25 Julio 1820) se propuso nombrar una Comisión que presentara un proyecto de ley sobre la fuerza militar, cuyo alcance era “fijar las bases sobre las que debe fundarse la reforma de las Ordenanzas militares y de los demás reglamentos vigentes”. La Comisión de Guerra propuso la creación de una Junta que redactara un proyecto de Constitución Militar¹⁸⁵, generando la **Ley Constitutiva del Ejército de 9 junio 1821** y la Ley Orgánica de la Armada de 27 diciembre 1821, para desarrollar la política militar de la Constitución de 1812, ambas producidas conforme a la nueva normativa constitucional¹⁸⁶.

La Ley Constitutiva del Ejército, a lo largo de sus ciento sesenta y nueve artículos intentaba dar al Ejército permanente “una forma protectora de los

¹⁸⁴ A los tres meses de abiertas las sesiones de la Cortes Generales y Extraordinarias, en la Isla de León, el diputado y Coronel de Artillería D. Manuel de Llano y Nájera, ya había presentado una propuesta para un plan general de reformas militares, que se confió a una Junta que no consiguió resultados prácticos quizás por lo ambicioso y complejo del proyecto. También se remitieron a las Cortes dos interesantes proyectos formulados por particulares. El Proyecto de Vicente Sancho “Ensayo de una Constitución militar deducida de la Constitución política de la Monarquía española” de 20 octubre 1812, consideraba que los trabajos de la Junta debían centrarse en la vertiente política de la constitución militar más que en aspectos técnicos de actualización de las Ordenanzas Militares. Por su parte, en su Proyecto de “Constitución política de la nación española por lo tocante a la parte militar” (Cádiz, 1811) Flórez Estrada sugería la necesidad de contrarrestar el mando militar reservado al Rey con la exigencia de una poderosa Milicia ciudadana. En cualquier caso, estos intentos de conseguir una Ley orgánica militar que completase la Constitución política no llegaron a buen fin antes de marzo 1812. Véase SECO SERRANO, C.: *Militarismo y civilismo...*, cit. pp.34-36.

¹⁸⁵ Que según Casado Burbano no equivalía a Ley Fundamental ni estaba en pugna con la Constitución política de la monarquía. Aquí, el término Constitución equivaldría a Organización militar. La Junta se limitaría a “refundir la Ordenanza general del Ejército, haciéndola análoga a la Constitución política”, variándola, ampliándola e integrando todo lo necesario. Véase CASADO BURBANO, Pablo: *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, EDESA, Madrid, 1982, cit. pp.75-93.

“Constitución es un término antiguo; la idea constitucional, un concepto contemporáneo, Constituciones se han llamado, a lo largo de la historia, diversos tipos de leyes o normas mas generales de una sociedad...”. CLAVERO, B.: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, cit. p.15.

¹⁸⁶ A juicio de Busquets, es la Ley Constitutiva que tiene más profundidad ideológica y fuerza innovadora, con propuestas que han ido avanzando y retrocediendo –en algunos casos- hasta 1979. BUSQUETS BRAGULAT, J.: *El militar de carrera en España*, cit. p. 28.

derechos del pueblo”, tal como se perfilaba el gran problema en su Preámbulo. La Ley definía la fuerza militar nacional como “el conjunto de todos los españoles que arma la Patria para su defensa”. Desarrollaba la distinción constitucional entre tropas de continuo servicio y milicias nacionales, fijaba el servicio militar obligatorio en cinco años, respetaba el fuero militar pero ciñéndolo a los aspectos disciplinarios, determinaba las misiones esenciales de la fuerza armada en la defensa del Estado frente a enemigos exteriores y “para asegurar la libertad política, el orden público y la ejecución de las leyes”. Fue significativo el intenso debate sobre el concepto de la obediencia debida, que ahora sería responsable, porque la Ley consideraba traición el empleo de la fuerza armada para atentar contra el Rey, las Cortes y las elecciones, casos en los que estaba indicado desobedecer al superior que ordenase la comisión de tales abusos lo que, a juicio de sus detractores, permitía a las tropas la interpretación de las órdenes e intenciones de los superiores, con deterioro grave de la disciplina.

El llamado *trienio liberal* fue el primer período en el que pudo ponerse en práctica el sistema político que la CE1812 materializaba, sin la presión del anterior estado de guerra, por lo que fue cuando se suscitaron los más importantes conflictos por la aplicación del diseño establecido por la CE1812.

El ejercicio regio de las facultades militares que le confería el texto constitucional de 1812, como lo era el mando, reflejaba la tensión existente por la confrontación de fuerzas de la reacción absolutista y la ideología liberal y burguesa que alumbró aquel texto. Tensión que se manifestó en varios episodios relevantes, que se fueron sucediendo en el tiempo cada vez que el monarca pretendía ejercer sus facultades conforme al viejo sistema, sin respetar las nuevas reglas de juego¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Así, se planteó de inmediato la disolución del Ejército de la Isla de San Fernando, con el que Riego y sus compañeros sublevados forzaron el regreso del sistema diseñado por la CE1812, porque era un sostén fuerte del orden reinstaurado.

Otro episodio lo protagonizó Fernando VII (diciembre 1821) al comunicar de puño y letra, sin el preceptivo refrendo ministerial, el cese del Capitán General de Castilla la Nueva y nombramiento simultáneo de otro militar de ideología absolutista.

Un tercero ocurrió en la sesión inaugural de la legislatura de 1821 (1 de marzo) cuando, en su discurso, Fernando VII descalificó a su propio gobierno, que cesó al día siguiente, al tiempo que solicitaba a las Cortes, por vía de un Decreto ley, que estas le indicaran o designaran las personas más aptas y merecedoras de confianza para ejercer los ministerios. Unos días más tarde, el monarca reincidió contra el Ejército de la Isla pretendiendo disolver un escuadrón de artillería, a lo que se opuso Quiroga, compañero de Riego y ahora general y diputado, que solicitaba su no disolución en razón de su importancia política como cuerpo armado fiable.

La controversia giraba en torno a la determinación precisa del alcance de las facultades regias 5ª y 8ª del Artículo 171 (mando y nombramientos), estimando las Cortes que la facultad de nombrar y remover los empleos militares debía usarse, como todas las ejercidas en nombre del monarca, con el acierto y discreción propios de los actos de un buen gobierno, con lo que indicaban su voluntad de controlar el ejercicio de las facultades del Rey respecto al mando de la fuerza militar.

Las Cortes controlaban la fuerza militar mediante dos clases de controles, ordinario y extraordinario.

El primero era de carácter periódico, se ejercía con las facultades constitucionales ordinarias para controlar al aparato militar del Estado y se materializaba en la recepción de los informes del Gobierno relativos al estado y situación de las fuerzas, como parte del estado de la nación, y en la fijación anual del contingente de las fuerzas de tierra y mar según Artículo 131.10.

El control llamado extraordinario se adoptaba para afrontar conflictos concretos que exigían respuesta puntual, siempre dentro de sus competencias, generalmente para soslayar el peligro de la utilización no constitucional de la fuerza armada. En este sentido fueron características las actuaciones extraordinarias de las Cortes relativas a la disolución de Unidades y nombramientos militares.

Aunque el nombramiento de los mandos militares era una facultad atribuida al ejecutivo, pronto vieron los diputados la necesidad de arbitrar algún mecanismo de control en forma de normas generales para limitar la libertad de elección del ejecutivo, imponiéndole una especie de control de calidad de los nombrados o limitando directamente los derechos profesionales de los militares.

Comenzaron las Cortes reafirmando la necesidad del escrupuloso cumplimiento de la Orden de 12 de abril de 1812¹⁸⁸. Pero en 1822 el ambiente era ya agresivamente contrarrevolucionario, por lo que las Cortes optaron por autorizar al Gobierno a nombrar y cesar discrecionalmente a los jefes y oficiales

El fondo del debate era el límite de la facultad real de disponer de la fuerza armada que, a tenor de lo sucedido, las Cortes no consideraban extensiva a la posibilidad de decretar la disolución de unidades, que entendían como de su competencia exclusiva. Véase BLANCO VALDÉS, R. L.: "Rey, Cortes y Fuerza Armada en el Trienio Liberal...", cit. pp. 82-100.

¹⁸⁸ Orden de las Cortes de 12 abril 1812, "Orden para que los empleos públicos se provean en personas amantes de la Constitución y de la Independencia Nacional".

del Ejército y la Milicia, incluso sin la preceptiva formación de causa, medidas que suponían la derogación, aunque temporal y limitada, del Artículo 71 de la Ley Constitutiva del Ejército de 1821 por el que “ningún militar podrá ser privado ni suspenso de su graduación, ni del sueldo que por ella disfrute, sino por causa legalmente probada y sentenciada”. Si en tiempo de paz este Artículo 71 era un freno a la discrecionalidad del Rey para nombrar los cargos militares, en tiempo de crisis o guerra se convertía en un estorbo para el Gobierno, que necesitaba prescindir de trabas para separar del mando a quien no considerase idóneo.

Para Blanco Valdés¹⁸⁹, esta experiencia del *trienio* sobre el funcionamiento del reparto competencial de las materias político–militares, demostró las dificultades de un modelo que dependía más de las voluntades políticas que de las disposiciones contenidas en el texto constitucional. De hecho, las Cortes actuaron como auténtico órgano de control de las decisiones del Gobierno, que por sus actuaciones se manifestaba dispuesto a no favorecer el sistema implantado por la revolución. En consecuencia, el sistema derivaba hacia la monarquía parlamentaria por la combinación del principio de la autonomía absoluta de las Cortes respecto del Rey y el de la responsabilidad del Gobierno de este ante aquellas.

Este período de aplicación práctica del texto de Cádiz, termina abruptamente con la invasión de España por un ejército de coalición formado por los países europeos miembros de la Santa Alianza.

2.4. ESTATUTO REAL (10 abril 1834).

Precedido por el llamado *motín de la Granja*, el Estatuto Real nació de la necesidad sentida por la reina Regente de buscar el apoyo político del partido liberal, para afianzar a la futura Isabel II.

Se ha discutido sobre el verdadero carácter del Estatuto Real de 10 abril 1834, que para Sánchez Agesta es “una reestructuración tradicional que supone

¹⁸⁹ BLANCO VALDÉS, R. L.: “Rey, Cortes y Fuerza Armada en el Trienio Liberal...”, cit. p.118.

el punto de partida para una evolución reformadora”¹⁹⁰. La opinión general es que no era realmente una Constitución, sino una Carta otorgada, un Estatuto para dar forma a las Cortes y convocarlas. Aunque a la hora de fijar su naturaleza varían las opiniones. Si para unos es solo una convocatoria de las Cortes a las que el Trono llama en su apoyo, para Torres del Moral es algo más que eso, ya que contiene la parte orgánica de una Constitución, al regular la composición, competencia y funcionamiento de las Cortes e indirectamente la posición del Rey en el sistema político, por lo que lo considera “un documento funcional, acaso intencionadamente restaurador de un orden político pretérito”¹⁹¹.

El Estatuto se apoyaba esencialmente en el principio de soberanía conjunta (las Cortes con el Rey) y en la colaboración de poderes, sobre una base de moderación y conciliación política.

Si la Constitución de 1812 era de contenido revolucionario, pese a su apelación a la tradición histórica de la monarquía española, el Estatuto Real tenía un carácter tradicional con algunas concesiones a los principios revolucionarios de aquella. Así, aunque mantiene la Cámara de representación popular (ahora Estamento de Procuradores) elegida por sufragio censitario, insta para equilibrar su acción una segunda Cámara (Estamento de Próceres) cuyos miembros se nutren por un sistema mixto, hereditario y por nombramiento real.

En cuanto a principios políticos, la soberanía se entiende residente en la Corona, si bien se silencia en el texto, por lo que no cabe hablar de soberanía compartida con las Cortes, ni mucho menos de soberanía nacional. Lo que si se percibe es un tono conciliador, para favorecer la colaboración entre las instituciones u órganos del Estado. Pero no puede hablarse de división de poderes, porque el Rey detenta el poder único y lo que comparte es su ejercicio, si bien reservándose aspectos claves como la exclusividad de la iniciativa legislativa o el libre ejercicio del veto sobre los textos aprobados por las Cámaras.

Un defecto grave del Estatuto Real es su carencia de una declaración de derechos, por lo que el Estamento de Procuradores redactó y votó una Tabla de

¹⁹⁰ Para Sánchez Agesta se trata simplemente de “una convocatoria de Cortes de acuerdo con las Leyes de Partida y la Nueva Recopilación [...] no es propiamente una constitución sino una reglamentación, reformadora, ciertamente, de las Cortes como institución tradicional, que tiene su propio fundamento en la historia”. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. pp. 202-203.

¹⁹¹ TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. pp. 58-59.

Derechos, aprovechando la vía del derecho de petición que el Artículo 32 del propio Estatuto contemplaba, pero como las Cámaras carecían de iniciativa legislativa, fue sometida a la Regente para su tramitación como proyecto de ley, que no prosperó.

Si estas Cortes funcionaron en modo parecido a como en un sistema parlamentario fue gracias a la explotación de posibilidades al margen del texto constitucional, como el hecho de que las sesiones fueran públicas, con la resonancia que ello proporcionaba, la ley electoral o la utilización extensiva del derecho de petición.

2.5. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA (18 junio 1837).

La Constitución de 1837 (CE1837), de origen popular y signo progresista, fue un intento para armonizar a las fracciones liberales buscando un término medio entre los textos de 1812 y 1834, pero su importancia estriba en que consolida el régimen constitucional en España, ya que los sucesivos regímenes políticos que genere la lucha entre partidos estarán ya siempre dentro del sistema constitucional.

Los constituyentes designaron una Comisión que estableciera las bases para la reforma, para desposeer al nuevo texto del espíritu idealizado y poco operativo de que adolecía el de Cádiz, simplificándolo con una visión práctica sin formulaciones abstractas y tratando de dar a sus preceptos un contenido jurídico positivo. Habrá dos Cámaras, el Congreso de los Diputados será elegido por sufragio directo y se reforzará la posición del Rey respecto a la CE1812.

Se trata de un texto breve, completo, flexible, elástico y transaccional, que se promulga como una revisión de la Constitución de 1812¹⁹², de la que recoge principios esenciales, pero variando su sentido y alcance. En su texto se advierte la transacción doctrinal entre progresistas y moderados y remite con frecuencia a las leyes ordinarias para regular las instituciones que recoge o los derechos que proclama.

2. 5.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y LIBERTADES.

El enfoque pragmático y utilitario del texto se manifiesta en el tratamiento de los derechos constitucionales, centrado en contemplar las consecuencias jurídicas de cada uno de ellos y no en los principios abstractos especulativos por los que se rigen. En palabras del Diario de Sesiones, “Nuestra declaración de derechos [...], no consiste en máximas abstractas e indefinidas, sino en derechos marcados cuyo respeto se sanciona”¹⁹³.

En el Preámbulo constitucional, se observa que si bien la **soberanía**¹⁹⁴ nacional se menciona como una realidad constatada, aunque sin entrar en detalle, previamente se advierte que “las Cortes generales han decretado y sancionado, y Nos de conformidad aceptado lo siguiente”, lo que supone presentar la soberanía como pacto entre Corona y Cortes.

La **división de poderes** no es rígida y fomenta la colaboración entre órganos de poder. El Senado y el Congreso son cuerpos colegisladores e iguales en facultades.

La confesionalidad del Estado y la unidad religiosa de la CE1812 es abandonada a favor de la simple **tolerancia**, sin declaración explícita, con la obligación asumida por el Estado de mantener el culto y los ministros de la religión católica (Artículo 11) e impidiendo, por otra parte, el acceso del clero a la condición de diputado al exigir para estos el estado seglar (Artículo 23).

El principio de libertad individual se manifiesta en la **declaración de derechos** de su Título Primero (Artículos 1 al 11), que recoge los derechos y garantías de los españoles y su previsión de desarrollo legal, desde un punto de vista liberal, si bien no se formula un principio general de libertad ni un derecho a la igualdad.

En su Artículo 2 se contempla la **libertad de imprenta**, tan querida por el pensamiento liberal, pero si en la CE1812 (Artículo 371) se predicaba esta libertad respecto de las ideas políticas, ahora se pierde ese matiz extendiéndola por tanto a cualquier clase de ideas, políticas o no, por lo que supera la mera libertad de

¹⁹² A juicio de TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. pp. 66-67.

¹⁹³ Diario de las Sesiones de las Cortes Constituyentes, IV, 142, 14 marzo de 1837, 2134-2135.

¹⁹⁴ “Siendo la voluntad de la Nación revisar, en uso de su soberanía, la Constitución política promulgada en Cádiz...”.

imprimir, derivando mas bien hacia la libertad de pensamiento. Por otra parte, mantiene la prohibición de censura previa y remite la calificación de los delitos de imprenta a los jurados, exclusivamente, lo que en principio era una ventaja para los presuntos infractores, ya que a los jurados se les suponía menos inclinados que los jueces a señalar como delictivas las opiniones publicadas y sometidas a su consideración.

Según su enunciado, el **derecho de petición** (Artículo 3) es un derecho individual y se encuadra bajo tres condiciones: que se ejercite por escrito, que se dirija a las Cortes y al Rey y que se haga conforme a la legislación de desarrollo.

La igualdad ante la ley se manifiesta en la **unidad de códigos y fuero** (Artículo 4) para todos los españoles, en los juicios comunes, civiles y criminales, sin exceptuar a eclesiásticos o militares, si bien en el caso de estos hubo que arbitrar alguna medida, ya que no en beneficio de las personas, sí para el mejor servicio del Estado¹⁹⁵.

El Artículo 5 reconoce la admisibilidad de todos los españoles a empleos y cargos públicos bajo el criterio modulador del mérito y la capacidad.

El Artículo 6 fija el deber de prestar servicio militar, según establezcan las leyes de desarrollo, así como el de contribuir proporcionalmente a los gastos del Estado.

El derecho a la **libertad y seguridad personal** está recogido en el Artículo 7, que lo enuncia como garantía frente a las actuaciones abusivas del poder, contra detenciones arbitrarias y allanamiento, remitiendo a ley posterior de desarrollo. El Artículo siguiente requiere para la suspensión de estas garantías, que así lo exija la seguridad del Estado, que sea debido a circunstancias extraordinarias, de carácter temporal, en todo o parte del territorio y además, que esta suspensión sea determinada por una ley.

En el Artículo 9 se recoge el derecho a juez predeterminado, la reserva de ley, la irretroactividad y el **principio de legalidad penal**.

¹⁹⁵ Los progresistas reclamaron la unidad de fuero frente al corporativismo militar o eclesiástico. En contra "se adujo la conveniencia de que las causas militares se ventilasen en una jurisdicción especial. Este escollo se salvó admitiendo la posibilidad de que los delitos específicos de los militares pudiesen examinarse en un fuero interno al no tratarse de los fueros comunes objeto del artículo 4". RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín: "Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1837", en Puy Muñoz, Francisco (Coordinador), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 65.

El texto no enuncia la propiedad privada como derecho, pero la protege en el Artículo 10 al prohibir la pena de confiscación de bienes y exigir como requisitos para privar a un español de su propiedad, la causa justificada de utilidad común y la indemnización previa¹⁹⁶.

Al margen del Título Primero, recoge el derecho de sufragio activo, que será directo para los diputados (Artículos 15, 21 y 22) y el sufragio pasivo (Artículos 18, 23, 41 y 42).

2. 5.2. LA FUERZA MILITAR NACIONAL.

Al Rey le corresponde la potestad de hacer ejecutar las leyes y su autoridad se extiende a la seguridad del Estado en lo exterior (Artículo 45) y, entre otras facultades concretas, le corresponde declarar la guerra y hacer ratificar la paz, así como disponer de la fuerza armada distribuyéndola como más convenga (Artículo 47. 4º y 5º).

Entre los órganos constitucionales de gobierno, en el breve Título XIII se contempla la fuerza militar permanente de mar y tierra, que las Cortes fijarán anualmente a propuesta real (Artículo 76). Habrá en cada provincia Cuerpos de Milicia Nacional, ya creada por la CE1812, cuya organización y servicio se arreglará por una ley especial (Artículo 77). Institución esta que por su vinculación a la autoridad municipal, peculiar organización y escasa disciplina, acabaría liquidando la misma Constitución que la había restablecido.

“Partido progresista, Ayuntamientos y Milicia Nacional están interrelacionados, constituyendo un verdadero poder dentro del Estado”¹⁹⁷.

2.6. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA (23 mayo 1845).

Tras la caída de Espartero y la formación del Gobierno presidido por el general Narváez (mayo 1844), se iniciaron las reformas que generarían la

¹⁹⁶ La propiedad protegida es la de libre disposición, individual y libre. No cumplían esta condición los mayorazgos, que no podían enajenar la propiedad ni disponer de ella al testar. Tampoco las propiedades de las “personas morales” como Iglesia, Municipios o Estado. Estas dos categorías eran susceptibles de incorporarse al mercado (como así se hizo con la desamortización). RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J.: “Los derechos fundamentales...”, cit. p. 69.

Constitución de 1845 (CE1845), que fue obra del partido moderado cuyas tesis imponía y que, aun presentada como una simple reforma de la Constitución de 1837, cuya estructura conserva, de hecho era una Constitución distinta inclinada hacia el conservadurismo, al incidir en la idea doctrinaria de la necesaria correspondencia entre la constitución escrita y la constitución histórica¹⁹⁸.

Es casi de la misma extensión que la precedente y aunque conserva la misma estructura y muchos capítulos, añade a estos el matiz necesario para conformarlos a la ideología de los liberales moderados, extendiendo así la lucha de partidos a la propia Constitución, lo que para Sánchez Agesta reviste gravedad porque “el debate político no afecta, pues, a los medios, sino que los supuestos mismos del orden son cuestión de partido”¹⁹⁹.

El texto favorece la hegemonía constitucional del monarca y deja el control político del Estado en manos de una oligarquía reducida. De hecho, uno de los temas que los reformistas consideraron más importantes fue la reforma del Senado que no se quería nobiliario, hereditario o simplemente electivo, por lo que se arbitró una fórmula por la que el Rey nombraría los senadores, en número ilimitado, pero necesariamente de entre las clases determinadas por el Artículo 15 CE1845.

“La Constitución recoge las ideas básicas del moderantismo: rechazo de la soberanía nacional y sustitución por la soberanía conjunta del rey y las Cortes, negación de la distinción entre poder constituyente y poder constituido y adecuación del sistema político a las clases socialmente dominantes”²⁰⁰.

2. 6.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y LIBERTADES.

Las Cortes no necesitaron adoptar el carácter de constituyentes para emprender la reforma, ya que Cortes y Corona podían reformar sin requisitos especiales según la flexible CE1837.

¹⁹⁷ SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. p. 224.

¹⁹⁸ “Justamente, la Constitución de 1845 fue considerada como una versión partidista de la de 1837, en el sentido de que respondía al proyecto de la tendencia política más moderada de monopolizar un Gobierno que podía valerse de las prerrogativas de la Monarquía sin riesgos así parlamentarios”. CLAVERO, B.: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, cit. p. 60.

¹⁹⁹ SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. p. 231.

²⁰⁰ SOLE TURA, J.; AJA, E.: “Constituciones y períodos constituyentes...”, cit. p. 41.

En cuanto al principio de **soberanía**, si en el preámbulo del texto constitucional de 1837 la Reina aceptaba de conformidad lo ya decretado y sancionado por las Cortes, en el de 1845 se muestra una voluntad conjunta de ambas Instituciones²⁰¹. Para Sánchez Agesta²⁰² la nueva configuración de la soberanía favorece a la Corona, que puede nombrar un número ilimitado de senadores (Artículo 14), si bien el siguiente artículo establece una serie de condiciones que solo hacen accesible esta condición de senador a los pertenecientes a las élites política, social y económica, mencionando en su último párrafo que estas condiciones podrán variarse por una ley. También es prerrogativa real convocar, suspender, cerrar sus sesiones o disolver las Cortes, por sí o por medio de ministros.

En el Título Primero contiene una **declaración de derechos** reproduciendo los mismos artículos que en 1837, pero debidamente adaptados a la nueva realidad política. Así, se restringe la libertad de imprenta, al silenciar en el nuevo Artículo 2 la remisión a los jurados para calificar los delitos de imprenta²⁰³. En la misma línea, en el Artículo 4 mantiene la unidad de códigos para toda la monarquía pero no menciona la unidad de fueros del texto anterior.

En el Artículo 11, de nuevo se hace explícita la confesionalidad católica del Estado, además de continuar obligándose a mantener el culto y los ministros.

La vigencia efectiva de estos derechos de los españoles tuvo escasa virtualidad, porque desde 1848 el general Narváez suspendió las garantías constitucionales en toda España, tras obtener poderes extraordinarios de las Cortes.

2. 6.2. LA FUERZA MILITAR.

La potestad del Rey respecto a la seguridad del Estado en lo exterior y otras facultades concretas como declarar la guerra, hacer ratificar la paz o

²⁰¹ “...siendo nuestra voluntad y la de las Cortes del Reino regularizar [...] hemos venido, en unión y acuerdo con las Cortes actualmente reunidas, en decretar y sancionar la siguiente...”. TIERNO GALVÁN, E.: *Leyes políticas españolas...*, cit. p.71.

²⁰² SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. pp. 233-234.

²⁰³ Silencio que se transformaría en supresión del juicio de jurados en la correspondiente Ley de 6 julio 1845, de desarrollo.

disponer de la fuerza armada, distribuyéndola como más convenga, se mantienen sin cambios.

Se suprimió la Milicia Nacional, que había sido restaurada en el Texto de 1837 y a la que los moderados acusaban de estar al servicio de los progresistas y de protagonizar la mayor parte de los disturbios ocurridos durante el periodo constitucional anterior, en cambio y como expresión de la preocupación del partido moderado por el mantenimiento del orden, se creó el Cuerpo de la Guardia Civil (1844).

2. 6.3. LOS PROYECTOS DE REFORMA.

La Constitución de 1845 abarca todo el reinado de Isabel II y sufrió al menos cuatro intentos de reforma, de los que dos se pusieron en práctica.

El **Proyecto** de reforma de **Bravo Murillo de 1852** es una vuelta al espíritu del Estatuto Real. Presentado en forma de proyecto de constitución complementado con ocho leyes orgánicas, como un bloque único a aprobar o rechazar sin enmiendas, pone el acento en el deseo de profundizar en lo práctico, en “menos derechos escritos y más derechos ejercitados”, suprime las garantías penales y procesales de la seguridad personal y relega la declaración de derechos dentro de un proyecto de Ley Orgánica sobre la seguridad de las personas²⁰⁴.

Tras el éxito de la *Vicalvarada*, el *bienio liberal* (1854-56) se limitó a restaurar el sistema progresista de 1837. Por primera vez se discute en las Cortes, con criterio moderno, sobre los derechos sociales, el derecho de manifestación o la posibilidad de sustituir monarquía por república. La Comisión redactora de la Constitución formuló veintisiete bases extraídas fundamentalmente de la CE1837.

²⁰⁴ Esquemáticamente, el Proyecto no incluía los derechos en el texto constitucional y sí en la ley orgánica; la libertad de prensa desaparecía igual que las garantías penales y procesales de seguridad personal; confesionalidad exclusiva católica; reducción del número de diputados a la mitad; sufragio censitario y restringido a solo los ciento cincuenta mayores contribuyentes de cada distrito; Senado reservado a la élite religiosa, militar, universitaria o por derecho propio; pérdida de autonomía de las Cortes en beneficio del Gobierno y Corona.

Véase en MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María: “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1845 y en sus proyectos de reforma”, en Puy Muñoz, Francisco (Coordinador), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p.109.

La **Constitución no promulgada de 1856**, de tono progresista, vuelve al principio de soberanía nacional. Contenía una declaración de derechos más amplia que las precedentes de 1837 y 1845. Aunque no incluye ninguno de tipo social, sí reconoce con amplitud los derechos políticos, la libertad de imprenta con juicio de jurados (Artículo 3); la igualdad ante la ley, restableciendo la unidad de fuero soslayada en 1845 (Artículo 5), y contiene el intento del texto de 1852 de relanzar el estamento nobiliario, al establecer en su Artículo 6 que “para ninguna distinción ni empleo público se requiere la calidad de nobleza”. Consagra la libertad religiosa para españoles y extranjeros, aunque con alcance limitado por la prohibición de actos o manifestaciones públicas contrarias a la religión católica que profesan los españoles, que goza de protección constitucional y cuyo culto y clero son mantenidos por el erario público. Asimismo, reconoce la libertad de conciencia (Artículo 14).

Restablece la Milicia Nacional en cada provincia, en los mismos términos que en 1837 (Artículo 92).

La Constitución de 1856 no llegó a aprobarse por sucesivas demoras, disolución de las Cortes y cese del general Espartero en julio 1856.

2.7. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA (5 junio 1869).

Desde 1864 en que se produjo el último intento de reformar la CE1845, el régimen político que soportaba entró en un proceso de descomposición irreversible, en el que las disputas entre carlistas, demócratas y progresistas cedían cuando se trataba de enfrentarse a la desacreditada Isabel II, en un ambiente de conspiración que no descartaba el levantamiento militar y que, al menos desde 1865, degeneró en una “espiral de insurrección-represión-insurrección, cuyo último acto fue la revolución de septiembre de 1868”²⁰⁵, que supuso la implantación de un nuevo liberalismo, entendido como radical en contraste con el doctrinario imperante.

Las Juntas revolucionarias surgidas en apoyo del levantamiento protagonizado por el general Prim y el almirante Topete en Cádiz, concretaban en

lo social y económico los objetivos políticos declarados por los sublevados; concreción que luego no se reflejaría en el Manifiesto del Gobierno Provisional, constituido con el general Serrano, que sí trataba las libertades políticas pero omitía las económicas.

En el Manifiesto de Cádiz, “no se apelaba al Trono para provocar un cambio de equipos, sino que se apelaba a la nación inculcando a quien representaba el Trono”²⁰⁶.

El Gobierno Provisional procuró cumplir sus promesas revolucionarias dictando sucesivos decretos reguladores de las libertades públicas y derechos políticos, convocando además elecciones a Cortes constituyentes para enero de 1869, que dieron la mayoría absoluta a progresistas y unionistas frente a una oposición fuerte de republicanos, carlistas e isabelinos.

El texto constitucional se elaboró en solo tres meses y estaba influido por el de 1812, aunque buscando una difícil equidistancia entre las diversas ideologías de las fuerzas políticas presentes.

La Constitución de 1869 (CE1869) marca una división en nuestro devenir histórico-constitucional, pese a su accidentada vigencia que ha sido calificada de escasa, entrecortada, cuestionada e incierta²⁰⁷. Duró tres años y fue derogada, de hecho, por la proclamación de la Primera República y si hasta aquí el debate político había sido de tono predominantemente liberal, desde 1869 el acento político se centraría en torno a la democracia y a partir de 1931, se impondrá el interés por lo social.

2. 7.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y LIBERTADES.

La Constitución de 1869 se apoya en tres principios políticos fundamentales: democracia, en tanto que la soberanía nacional estaba vinculada al sufragio universal, monarquía parlamentaria e iusnaturalismo racionalista, en

²⁰⁵ TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. p. 96.

²⁰⁶ SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. p. 259.

²⁰⁷ Escasa por la brevedad del periodo revolucionario; entrecortada, por las suspensiones de garantías, carencia de Rey y proclamación de la República; cuestionada por la oposición e incierta, porque no fue expresamente derogada. TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. p.128.

cuanto a que los derechos individuales son concebidos como naturales, absolutos e ilegislables²⁰⁸.

El principio de **soberanía** nacional y el correspondiente sufragio universal queda sentado en el Preámbulo constitucional²⁰⁹ y en el Artículo 32 del texto. El sufragio universal ya había sido decretado en noviembre del año anterior, para los varones mayores de veinticinco años. Fue una cuestión controvertida en torno a dos puntos de vista, uno que consideraba el sufragio como derecho natural, con los atributos que es dable predicar de estos y otra, defendida por Cánovas, que lo entendía como un derecho político, mas bien como una función, para cuyo ejercicio era exigible la necesaria capacidad, que además no era lógico asociar al único dato de edad y sexo²¹⁰. Para Sánchez Agesta, la discusión era relevante porque el sufragio universal equivalía a democracia y eso era la entraña de la revolución, lo que hacía comprensible la resistencia de los doctrinarios²¹¹.

La **declaración de derechos** del Título Primero (los españoles y sus derechos) es más extensa y completa que en cualquiera de los textos de las constituciones anteriores, garantizando eficazmente los derechos individuales y reconociendo la más plena libertad²¹². Concibe los derechos individuales como derechos naturales, según lo proclamado por la Junta Superior Revolucionaria en la Declaración de derechos de 8 octubre 1868, que consagra los “derechos ilegislables y las libertades individuales y asociativas”. La CE1869 profundiza en esta concepción de los derechos individuales como naturales, absolutos e

²⁰⁸ Véase TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. pp.101-105.

Fernández Segado matiza estos principios y añade el de colaboración de poderes y el de libertad de cultos. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp. 292-299.

²⁰⁹ “LA NACION ESPAÑOLA, y en su nombre las Cortes Constituyentes, elegidas por sufragio universal [...], decretan y sancionan la siguiente Constitución.” TIERNO GALVÁN, E.: *Leyes políticas españolas...*, cit. p.112.

²¹⁰ Cánovas incide en la contradicción que entraña esta distinción que excluye del derecho de sufragio a la mujer, al menor, al demente y al criminal y en cambio no lo hace con el mendigo y con el ignorante. TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. p.101.

²¹¹ “La antítesis se da ciertamente para Cánovas entre el doctrinarismo y un concepto radical de la democracia que desconoce la desigualdad real del pensamiento y el saber. Para la concepción doctrinaria los hombres son iguales en origen, pero desiguales en su desenvolvimiento social [...]. Al sustituir la capacidad de la inteligencia, el sentido del interés público y del interés social, por la fuerza del número [...] se ha dado a las masas un valor predominante y una fuerza irracional, y no hay peor despotismo que el de las masas que no está frenado por la inteligencia ni por el interés [...] la consecuencia es [...] un deslizamiento necesario hacia el socialismo. Se crea un proletariado legislador que no comprende de lo ajeno, sino el deseo de poseerlo...”. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. pp. 279-281.

ilegislables, estableciendo claramente en su Artículo 22²¹³ el principio de ilegislabilidad, si bien esta puede entenderse como no absoluta, ya que distingue entre los derechos y su ejercicio, al tiempo que lo hace entre disposiciones preventivas y represivas, prohibiendo aquellas. Se produce así un cambio, al pasar los derechos individuales, de considerarse “limitados” según la concepción doctrinaria, a ser vistos como ilegislables (por su calidad de derechos naturales) y absolutos.

Aunque la idea de la existencia de derechos naturales como principios abstractos informadores del derecho era antigua, es en la Declaración de independencia americana donde por primera vez se positivizan en un texto legal y se habilitan como exigibles ante un tribunal. Una consecuencia de este carácter ilegislable es que se descarta la intervención del legislador como limitador o regulador de su ejercicio, fiando la resolución de los posibles abusos a los tribunales *a posteriori*, en contraste con la posición de los doctrinarios y Cánovas que propugnaban la delimitación de las esferas de acción individuales y la separación de estas entre sí y con los intereses colectivos.

Para evitar recortes legales posteriores, la regulación de derechos es minuciosa y está revestida de garantías, regulando todos los reconocidos y fijando su extensión y límites, cuando se consideraba necesario.

La CE1869 es más precisa que la de 1812 en lo relativo a la seguridad personal (Artículos 8 a 12). Introduce nuevas libertades, como la inviolabilidad de la correspondencia o la libertad de trabajo para los extranjeros, y nuevos derechos, como los de reunión, asociación y petición colectiva o el sufragio universal²¹⁴.

²¹² El Título Primero CE1869, “De los españoles y sus derechos”, dedica el Artículo 1 a definir quienes son españoles, los Artículos 2 al 30 a delimitar los derechos, obligaciones y particularidades y el Artículo 31 a la suspensión de garantías.

²¹³ Artículo 22 CE1869: “No se establecerá ni por las leyes ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título. Tampoco podrán establecerse la censura, el depósito, ni el editor responsable para los periódicos”.

²¹⁴ Para una exposición sistemática aunque no exhaustiva, Fernández Segado agrupa los derechos y libertades en tres grupos: A) Derechos civiles: comprensivo del principio de seguridad personal, las garantías judiciales de la libertad, la del habeas corpus y la procesal y penal, la libertad de residencia y domicilio, la inviolabilidad de la correspondencia, el derecho de propiedad, la libertad de movimiento, la de establecimiento en territorio español y ejercicio de industria por los extranjeros y la libertad de enseñanza. B) Derechos públicos: con el derecho a emitir libremente ideas u opiniones por cualquier medio, el derecho de reunión pacífica y el de asociación. C) Derechos políticos: que incluye el derecho de sufragio, el de petición y el de ejercer empleos o

El Artículo 17 acoge el reconocimiento del derecho a emitir libremente ideas u opiniones, a reunirse pacíficamente, a asociarse “para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública” y de petición individual y colectiva, que son matizados en los tres artículos siguientes conforme a una clara preocupación por su ejercicio pacífico sin colisiones con el orden público. Los derechos de reunión y asociación se recogen por primera vez, aunque ambos habían sido regulados por decretos del Gobierno Provisional de 1 y 20 noviembre de 1868, respectivamente.

La cuestión religiosa también recibe un tratamiento avanzado en forma de libertad de cultos y mantenimiento estatal de culto y clero (Artículo 21), que se extiende y asegura con la mención expresa de que la admisibilidad para empleos o cargos públicos, así como la adquisición y ejercicio de los derechos civiles y políticos, será independiente de la religión profesada (Artículo 27)²¹⁵.

El Artículo 29²¹⁶ abunda en la línea rupturista respecto al carácter cerrado y restrictivo de los textos anteriores, al no prohibir derecho alguno, aunque no esté consignado en el texto constitucional.

El Artículo 30 exime de la necesidad de autorización previa para procesar a los funcionarios públicos ante los Tribunales ordinarios, descartando también la obediencia debida como eximente de responsabilidad “en los casos de infracción manifiesta, clara y terminante de una prescripción constitucional”, en cualquier caso, el que ejerza autoridad nunca podrá acogerse a esta exención.

El principio de igualdad está presente en toda la declaración de derechos. La mención a la unidad de códigos se incluye en el Título VII dedicado al ahora llamado Poder Judicial, si bien se admite que esta unidad regirá en toda la

cargos públicos. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp. 300-303.

²¹⁵ La formulación del reconocimiento del derecho a la libertad de culto es un tanto enrevesada. Véase ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, María Carolina: “Los derechos humanos en la Constitución de 1869”, en Puy Muñoz, Francisco (Coordinador), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pp.111-133.

²¹⁶ Artículo 29 CE1869: “La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquier otro no consignado expresamente”.

Monarquía “sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes” (Artículo 91), estableciendo también un solo fuero²¹⁷.

2. 7.2. LA FUERZA MILITAR.

Como referencias significativas al elemento militar, el Artículo 20 prohíbe el ejercicio colectivo del derecho de petición a cualquier fuerza armada y limita el ejercicio individual de sus miembros “sino con arreglo a las leyes de su instituto en cuanto tenga relación con este”, es decir, prohibición absoluta de ejercicio colectivo y restricción del individual que “en asuntos del servicio”, como diríamos ahora, debe ejercerse conforme a las legislación específica militar. Al no mencionarse el caso del ejercicio individual para asuntos ajenos al servicio, se entiende que no existía limitación y que las peticiones podían cursarse conforme al régimen común.

En el Artículo 26 se cita la obligación de contribuir al servicio militar como limitación específica a la libertad de circulación y residencia que regula. El deber específico de prestación de servicio para “defender la Patria” junto con su previsión de regulación legal, se recoge en el Artículo 28.

En la regulación de la suspensión de garantías contenida en el Artículo 31, en prevención de posibles extralimitaciones favorecidas por estas situaciones excepcionales, se reitera el principio de legalidad penal mediante la prohibición expresa a los jefes militares de “establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley”.

En cuanto a las funciones atribuidas a los órganos constitucionales, los Cuerpos colegisladores (Senado y Congreso) son iguales en facultades, salvo las excepciones previstas en el texto, entre las que figura la presentación de los proyectos de ley sobre fuerza militar, que se presentarán antes al Congreso que al Senado, prevaleciendo la resolución del Congreso en caso de discrepancia (Artículo 50).

Además de su participación en el legislativo, el Rey es el titular del poder ejecutivo, que ejerce por medio de sus ministros, contándose entre sus facultades

²¹⁷ La unidad de fueros ya había sido adoptada por el Gobierno Provisional en 1868, admitiendo la excepción de las jurisdicciones militar y eclesiástica. TORRES DEL MORAL, A.:

la de conferir los empleos militares con arreglo a las leyes (Artículo 73.2º). En cambio, necesita autorización por ley especial para admitir tropas extranjeras en el Reino y para ratificar los tratados de alianza ofensiva o todos aquellos que puedan obligar personalmente a los españoles (Artículo 74.3º y 4º).

A diferencia de las Constituciones precedentes, en esta de 1869 no se dedica Título alguno a la fuerza militar.

2.8. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA (30 junio 1876).

Un conjunto de factores como la simultaneidad de conflictos con carlistas y cubanos, el encono entre partidos, la viciada aplicación de la Constitución de 1869 y el natural desconocimiento de Amadeo I del terreno que pisaba, dieron al traste con su efímera monarquía, continuando un proceso que desembocó en la Primera República Española, a la que se ha reconocido el mérito de ser el primer régimen que advino en un cambio sin violencia, por decisión mayoritaria de Congreso y Senado, aunque otra explicación de este hecho pudiera ser la mas simple de haberse agotado ya cualquier alternativa.

El **Proyecto de Constitución Federal de 1873** pretendía conservar las conquistas de la revolución. Presenta semejanzas con el texto de 1869, en la parte dogmática, junto a innovaciones propias del diseño de un Estado federal, cuyos Estados federados se hacían coincidir con el trazado de los antiguos reinos hispánicos. Aunque a juicio de Torres del Moral este carácter federal no era tan marcado, porque más que Estados eran regiones autónomas, aproximándose mas bien al concepto de autonomía regional acuñado posteriormente²¹⁸.

La soberanía popular se cita expresamente por primera vez y junto al sufragio universal refleja el principio democrático representativo.

Los derechos individuales se conciben como derechos naturales de la persona y se encomienda su defensa a los poderes públicos, para quienes serán inviolables y sin facultad para suspenderlos.

Constitucionalismo histórico español, cit. p.109.

²¹⁸ TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. p.114.

Su declaración de derechos es muy parecida a la de 1869, acentuando el iusnaturalismo racionalista que la inspiraba.

Tras la liquidación de las Cortes republicanas, el posterior período políticamente indefinido del gobierno del general Serrano y el pronunciamiento de Martínez Campos en Sagunto (1874), se inicia el periodo histórico de la **Restauración**, en el que cabe distinguir tres etapas, cada una con un régimen político distinto, aunque bajo el mismo texto constitucional.

Con Alfonso XII se consolida el sistema creado por el acuerdo de los dos grandes partidos. Durante la regencia de María Cristina se produce una cierta apertura, con mayor juego de los partidos alternantes (es la época de las Leyes de asociaciones, del Jurado, etc). Con Alfonso XIII se agota el sistema, el bipartidismo ya funciona mal y el Rey se implica cada vez más en las decisiones políticas.

El sistema político de la Restauración había actuado en tres frentes, restaurando la dinastía de los borbones, devolviendo el poder a la burguesía agraria latifundista y regresando al constitucionalismo doctrinario.

Del texto constitucional de 1876 merecen resaltarse dos rasgos: su larga vigencia (1876 -1923) y su inclinación al compromiso.

2.8.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y LIBERTADES.

Como consecuencia lógica del posibilismo canovista que inspiró su proceso de elaboración, la **Constitución de 30 junio 1876** (CE1876) es formalmente poco original y reutiliza materiales de los textos anteriores, aunque no siempre con el mismo significado que en estos.

En el preámbulo constitucional se observa una variación que no hay por qué catalogar de inocente, ya que refleja el concepto doctrinario de Cánovas respecto a la legitimidad de la monarquía, que entendía fundada en una legitimidad histórica anterior e independiente a la que la propia Constitución pudiera conferirle²¹⁹.

²¹⁹ Hasta la CE1869, el encabezamiento del Preámbulo constitucional era del tipo “Don/Doña [...], por la gracia de Dios y de la Constitución de la Monarquía, Rey/Reina de...”, en cambio ahora es “Don Alfonso XII, por la gracia de Dios, Rey constitucional de España”, silenciando así la mención a la Constitución y dando a entender que el título real le viene únicamente “por la gracia de Dios”.

Para Fernández Segado²²⁰, el sistema político diseñado por la Constitución de 1876 se asentaba sustancialmente sobre cuatro **principios**: el principio de la soberanía compartida, como reflejo fiel de la constitución interna; el principio de colaboración de poderes, ya que el texto no mencionaba la separación de poderes ni los mecanismos de acción recíproca entre Cortes y Gobierno, lagunas que serían cubiertas por un entramado complejo de usos y convenciones constitucionales cuyos principios esenciales estaban en el llamado “régimen de las dos confianzas” y “régimen del turno de partidos”; otro principio era el amplio reconocimiento de unos derechos conformados como una síntesis armonizadora entre los individuales y los de la sociedad, y por último, el tantas veces polémico principio de tolerancia religiosa²²¹.

En el pensamiento político de Cánovas, la **constitución interna** sustituye el principio de soberanía nacional por el de soberanía compartida.

“...la Corona y las Cortes, como instituciones históricas preexistentes, son el supuesto mismo de la Constitución escrita porque son el poder soberano y constituyente en el que esta ha de basarse. El Rey representa la autoridad; las Cortes, la libertad”²²².

Si la constitución interna legitima monarquía y Cortes, la constitución escrita la delimita como monarquía constitucional y perfila un sistema parlamentario parecido al británico, incorporando los principios de doble confianza y **turno de partidos**, sobre la base del consenso.

Como doctrinario, Cánovas se oponía al sufragio universal y a la libertad religiosa y tampoco compartía la visión de los derechos naturales como ilegislables, sosteniendo por el contrario la necesidad de que estos estuvieran claramente delimitados. No obstante, desde su realismo posibilista, en la redacción de texto constitucional dejó abierta la posibilidad de desarrollarlos por vía legislativa.

²²⁰ Véase FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp. 381-388.

²²¹ Para Rodríguez Boente, la Constitución de 1876 se fundamenta sobre cuatro principios: la doctrina de la constitución interna, con su correlativo concepto de la soberanía compartida; el consenso, fruto de una voluntad transaccional; los usos y convenciones constitucionales, como la doble confianza y el turno de partidos; el doctrinarismo, que equivale a pragmatismo posibilista y se contrapone al liberalismo utópico. Véase RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza: “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1876”, en Puy Muñoz, Francisco (Coordinador), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pp.135-175.

²²² TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. p.138.

El tratamiento de los **derechos y libertades** en el texto constitucional de 1876 está teñido de ese doctrinarismo transaccional. A primera vista, la declaración de derechos es parecida a la de 1869, pero presenta diferencias importantes. Por un lado se admite la existencia de unos derechos naturales anteriores que la norma se limita a formalizar y por otro se señala que, dado el carácter social del individuo, su derecho no puede menos que estar limitado por los de otros individuos y por el mismo Estado, como condición de la existencia de la sociedad. Así, ignora algunos ya reconocidos en 1869, limita otros y remite a leyes ordinarias posteriores para la regulación de los demás, lo que supone el sometimiento al criterio gubernamental.

En el Título Preliminar proclama y asegura a toda persona un conjunto de derechos considerados como naturales, anteriores y superiores a la legislación positiva. En su Título II (De los españoles y sus derechos) reproduce prácticamente el Título I de la CE1869, amplía el número de los mencionados en el Preliminar y los regula con mas detalle, como el derecho de asociación que es recogido con amplitud y garantizado en su Artículo 25 o el radical tratamiento de la libertad religiosa, que suponía la separación total y definitiva de Iglesia y Estado, con la prohibición expresa de que este subvencionara culto alguno.

El texto de 1876 se centraba en fijar una parte orgánica (Cortes y Monarquía) y unos principios no negociables (soberanía, religión), asignando al resto un tratamiento abierto y flexible, utilizando la fórmula general de declarar la existencia del derecho y fiando a la legislación ordinaria de desarrollo su exacta delimitación.

Al cotejar al tratamiento de derechos y libertades en las Constituciones de 1869 y 1876, tan brillante y corto en la revolucionaria de 1869, como escaso en la restauradora de 1876, aunque efectivo a la larga por la dilatada vida del régimen, Sánchez Ferriz estima que se produce un salto desde el modelo francés seguido hasta 1869, hacia una protección de las libertades basada en el reforzamiento del poder judicial²²³.

²²³ Sánchez Ferriz compara los textos de 1869 y 1876 y clasifica los derechos en individuales, políticos y de carácter mixto. En la constitución canovista se reconocen como individuales la seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, el derecho de propiedad, la libertad de conciencia y la libertad de profesión y enseñanza. De los derechos políticos, solo reconoce el del Artículo 15 CE1876, referente a la admisibilidad de todos los españoles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad. Entre los de carácter

La **tolerancia religiosa** se diseñaba como una combinación de las fórmulas anteriormente empleadas en 1837, 1845 y 1869, intentando contentar a todos al redactar un Artículo 11 impreciso que dejaba la regulación de su alcance a las órdenes ministeriales e imponía una limitación tan indeterminada para el ejercicio de otros cultos distintos del católico, como la de dejar a salvo “el respeto debido a la moral cristiana”.

La libertad de enseñanza del Artículo 12 quedaba restringida por un cauteloso “con arreglo a las leyes”.

El Artículo 13 recoge la libertad de expresión, de palabra o por escrito, sin censura previa, el derecho a reunirse pacíficamente, el de asociación y el de petición.

El Artículo 14 previene que “las leyes dictarán las reglas oportunas para asegurar a los españoles el respeto recíproco de los derechos que este título les reconoce”, dejando abierta la puerta a un desarrollo legislativo que si bien en la primera etapa (Cánovas) fue restrictivo, se abrió posteriormente (Sagasta) generando leyes importantes en orden al desarrollo de los derechos y libertades, como la Ley sobre el derecho de reunión de 15 junio 1880, la Ley de Asociaciones de 30 junio 1887 o la Ley de Imprenta de 1879, entre otras.

Para Cánovas, el **sufragio** no era un derecho sino un instrumento para cuyo ejercicio se requería la necesaria capacidad, que era necesario asegurar fijando ciertos límites. No obstante, aunque partidario del sufragio censitario, este no llegó a plasmarse en el texto constitucional, como tampoco el sufragio universal, limitándose a configurarlo en el Título IV no como tal derecho sino como un instrumento para conformar el Congreso de los Diputados. Pero la fórmula de remisión a la regulación por una futura ley que empleaba el Artículo 27 “en la forma que determine la ley”, permitió la existencia de soluciones radicalmente opuestas a tono con el partido alternante en el poder, como lo fueron el restablecimiento del sufragio censitario por la Ley Electoral de 1878 y el retorno del sufragio universal por la Ley Electoral de 1890.

mixto admite los de libre emisión del pensamiento, reunión y asociación y de petición. Trata también el sistema de garantías y la administración de justicia. Véase en SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedio: “Derechos y libertades en el último tercio del siglo XIX español”, en *Estudios de historia, política y derecho en homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 9/10, Departamento Derecho Universitat de Valencia. 2ª Epoca, nº 9/10 (otoño 1994-invierno 1995), 1995, pp.271-294.

El principio de **igualdad** reflejado en la igualdad de códigos y de fuero para todos los españoles (Artículo 75), permitía las variaciones “que por particulares circunstancias determinen las leyes”, lo que justificaba la pervivencia de los derechos civiles forales en el Código Civil de 1889.

Las facultades del Gobierno eran amplias en materia de suspensión de garantías constitucionales, como se reflejó en las diecinueve suspensiones de derechos habidas entre 1876 y 1917, así como en la situación corriente en que llegó a convertirse el estado de excepción, desde este último año²²⁴.

2.8.2. LA FUERZA MILITAR.

El texto de 1876 dedica a la Fuerza Militar un escueto Título XII, de un solo Artículo 88: “Las Cortes fijarán todos los años, a propuesta del Rey, la fuerza militar permanente de mar y tierra”.

Hay menciones puntuales en el resto del articulado, como la obligación de defender a la Patria con las armas del Artículo 3, al ser llamado por la ley. O la referencia, entre las garantías del Artículo 17, para que en el caso de suspensión de estas los jefes militares no pudieran extralimitarse fijando penas distintas de las legalmente previstas.

El Artículo 13 recoge también el derecho de petición individual y colectiva, derecho que no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada, cuyos miembros solo podrán hacerlo individualmente “con arreglo a las reglas de su instituto, en cuanto tenga relación con este”²²⁵.

El Rey tiene el mando supremo y dispone del Ejército y Armada (Artículo 52), concede los grados, ascensos y recompensas de acuerdo con las leyes (Artículo 53), correspondiéndole también la declaración de guerra y ratificación de la paz, dando cuenta después a las Cortes (Artículo 54.4º), así como la ratificación de los tratados de alianza ofensiva (Artículo 55.4º).

Conviene subrayar que si las Constituciones anteriores recogían entre las funciones del Rey la de disponer de la fuerza armada y su distribución más

²²⁴ SOLE TURA, J.; AJA, E.: “Constituciones y períodos constituyentes...”, cit. p.71.

²²⁵ La redacción es prácticamente la misma que en el correspondiente Artículo 20 del texto de 1869, con la salvedad de que en aquel se precisaba: “El derecho de petición no podrá ejercerse

conveniente, en el texto de 1876 se estipulaba que el Rey “tiene el mando supremo del ejército y armada, y dispone de las fuerzas de mar y tierra” (Artículo 52), lo que sugiere una implicación más directa con Ejército y Armada, creándose una relación directa con el monarca “que no pasaba necesariamente por la responsabilidad política del Gobierno”²²⁶.

2.8.3. LEY CONSTITUTIVA DEL EJÉRCITO (1878).

El instrumento para desarrollar las facultades del ejecutivo en materia militar fue la Ley Constitutiva del Ejército²²⁷ (LCE1878) de 29 noviembre 1878, que conformó la Institución con una tendencia clara al reforzamiento de las facultades militares del Rey y al alejamiento de los asuntos militares del control parlamentario.

Los treinta y ocho artículos de esta Ley comprenden todas las facetas de la fuerza militar, en una visión de conjunto, decidiendo algunos aspectos y dejando otros al posterior desarrollo legal y reglamentario²²⁸.

En el primer artículo se define al Ejército como “una institución especial por su objeto e índole, y una de las carreras del organismo del Estado”²²⁹. En el segundo, se fija su misión en mantener la independencia de la Patria y en su defensa de enemigos exteriores e interiores, en una asunción explícita de misiones cuya responsabilidad asignaban los textos constitucionales de 1812 y 1837 a Ejército y Milicia, respectivamente. Por otra parte, el Artículo 50 CE1876

colectivamente por ninguna clase de fuerza armada”. En cambio, en el texto del Artículo 13 de 1876, ha desaparecido la palabra “colectivamente”.

²²⁶ CLAVERO, Bartolomé: *Manual de historia constitucional de España*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1989, p.147.

Clavero considera también que en esta CE1876 el concepto de Nación está cambiando con respecto a las Constituciones anteriores, porque “comenzó afirmándose frente a la Monarquía y acaba identificándose con ella, pero encarnando precisamente un valor contrario. Y es con esta otra Nación con la que viene finalmente a producirse la afirmación institucional del Ejército”.

²²⁷ Véase en Colección Legislativa del Ejército. Año 1878. Nº.367, pp.645-651. Firmada por Alfonso XII siendo Ministro de la Guerra Francisco de Ceballos.

²²⁸ Esta Ley Constitutiva es un compendio de aspectos semejantes a los que hoy estarían regulados por varias como la Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional, la derogada Ley 17/1999 reguladora del régimen de personal de las Fuerzas Armadas, la Ley 85/1978 de Reales Ordenanzas para la Fuerzas Armadas y otras.

²²⁹ Esta definición recuerda la controversia entre la visión institucional u ocupacional de las Fuerzas Armadas y su correlativo tratamiento como Institución del Estado o como una parte más de su Administración, así como el reflejo de la opción adoptada en el tratamiento del estatuto personal de sus miembros.

extendía la autoridad del Rey “a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes”, lo que en combinación con el citado Artículo 2 LCE1878, brindaba al ejecutivo el suficiente apoyo legal para el empleo de la fuerza armada en acciones para preservar o recuperar el orden público.

Los Artículos 3, 4, 5 y 6 trataban de la extensión y ejercicio del mando militar, que el monarca tenía constitucionalmente reconocido como “mando supremo”. Se desarrolla este concepto para el caso de que el Rey “tome personalmente el mando de un ejército o de cualquier fuerza armada”²³⁰, limitando o matizando la imposición constitucional de que todos los actos del Rey fueran refrendados por un Ministro, en el sentido de que solo alcanza al acuerdo de salir a campaña, pero una vez asumido el mando directo, las órdenes que dicte en ejercicio de dicho mando no necesitarán refrendo.

Los mandos de las Unidades de la Fuerza, desde Ejército hasta Brigada inclusive y los de la organización territorial (Capitanías, Gobiernos Militares) requerirán la aprobación “directa y previa” del Rey, y los de Regimiento no podrán concederse sin su aprobación, lo que supone un control total de los nombramientos militares.

Los Artículos 7, 8, 9, 10 y 11 tratan de la división militar del territorio y su organización, que mantiene la ya vigente de catorce distritos para Península e Islas y tres distritos coloniales, mientras que no se establezcan otras demarcaciones “por medio de una ley”. Asimismo, se fija el empleo militar de los que han de mandar los distritos, comandancias y provincias.

Los Artículos 11 y 12 se refieren básicamente a la gestión de personal, empleando la técnica de establecer el concepto y remitir a las correspondientes leyes de desarrollo, que abarcarán lo relativo a sueldos, funciones y responsabilidades, presupuestos y reglamentos especiales, obligación de prestar servicio militar, ascensos, recompensas, cuadro de oficiales generales y sus situaciones, retiros y remuneraciones a los inutilizados en campaña, división militar de la Península y organización del Ejército, administración de justicia militar mediante un Código penal y otro procesal.

²³⁰ Caso que efectivamente se dio con Alfonso XII en la tercera guerra carlista cuando, al poco tiempo de ser reconocido rey, marchó al Frente del Norte.

Los Artículos 14 al 18 contemplan los órganos superiores de la organización militar, de carácter judicial y técnico, como el Consejo Supremo de Guerra y Marina, con el doble cometido de Asamblea de las Ordenes Militares²³¹ y de tribunal de justicia; la Sección de Guerra y Marina del Consejo de Estado, como asesora del Ministro; la Junta Consultiva de Guerra, compuesta por generales, para informar al Gobierno de temas referentes a organización, campaña o recompensas.

Los Artículos 19 al 26 se dedican a aspectos generales de organización. El Artículo 19 enumera todos los empleos y clases del Ejército, el 20 impone la condición de español para pertenecer al Ejército y el 21 especifica las tres únicas vías de ingreso posible, como soldado, como alumno o por oposición en su caso, con lo que se cerraba la posibilidad tan explotada en otros tiempos del acceso directo a la condición de oficial por razones de sangre u otros méritos no personales. En el 20 se relacionan los Cuerpos que componen el Ejército²³². En el 23 se contempla la posibilidad de “redención del servicio militar a metálico”, cuya administración asigna a un Consejo de redención y enganche del Ejército, al que se le atribuirán las facultades necesarias en su ley de creación. El 26 perfila aún más el ámbito de competencias del Rey en cuanto a la organización del Ejército, que corresponde al Rey y su Gobierno mientras que las decisiones sobre organización “no afecten al presupuesto ni al reemplazo”.

Los restantes artículos (27 al 37) tocan interesantes cuestiones referentes al estatuto personal de los militares.

Según el Artículo 27, excepto para el caso de ser nombrados o elegidos senadores o diputados, todo militar en servicio activo necesitaba una autorización expresa del Gobierno para admitir cargo o misión que supusiera la separación de su destino. Eran senadores por derecho propio los Capitanes Generales del Ejército y el Almirante de la Armada y podían ser nombrados por el Rey los Tenientes Generales del Ejército, los vicealmirantes de la Armada y los consejeros del Consejo Supremo de Guerra. Por otra parte, el Artículo 25 CE1876 les prohibía “admitir empleo, ascenso, que no sea de escala cerrada, títulos ni

²³¹ Se refiere a la Orden de San Fernando, la de San Hermenegildo y del Mérito Militar. En las tres, el ingreso se concede como recompensa en virtud de méritos personales.

condecoraciones, mientras estuviesen abiertas las Cortes”, sin embargo permitía al gobierno “conferirles dentro de sus respectivos empleos o categorías las comisiones que exija el servicio público”. Los diputados se elegían según la vigente ley electoral y también se les prohibía aceptar, sancionándoles con el cese, cualquier “pensión, empleo, ascenso que no sea de escala cerrada, comisión con sueldo, honores o condecoraciones” procedentes del Gobierno o la Real Casa.

Por lo que cabe interpretar el contenido del Artículo 27 LCE1878, cuando menos, como una cautela para preservar el mando supremo y la facultad de disposición del Rey sobre los miembros de la fuerza militar, libre de injerencias ajenas que pudieran proceder de las Cortes y el Senado.

El Artículo 27 CE1876 configuraba el sufragio como mero instrumento regulado por la ley electoral con la finalidad de elegir los diputados y configurar el Congreso y en su Título IV no establecía explícita limitación para los militares, no obstante, en el curso de su reiterada remisión a la ley electoral, menciona que esta “determinará con que clase de funciones es incompatible el cargo de diputado y los casos de reelección”. El Artículo 28 LCE1878 se mantiene en esta línea, reconociendo el “derecho a emitir su voto si la ley especial se lo otorga” pero va más allá, adoptando un criterio claramente restrictivo para el ejercicio de este derecho de sufragio activo al prohibir a todo militar “la asistencia a las reuniones políticas, incluso las electorales”.

El Artículo 29 contempla la posibilidad de pase de los jefes y oficiales excedentes o de reemplazo a las carreras administrativas civiles, así como la incompatibilidad entre estas y la militar, debiéndose optar por una u otra.

El Artículo 30 distingue entre el empleo militar, que es una propiedad con todas las prerrogativas legales, y el destino, que es una comisión o cargo de libre voluntad del Rey²³³.

²³² Entre los que incluye al Cuerpo de Carabineros y también la Guardia Civil “para prestar auxilio a la ejecución de las leyes y para la seguridad del orden, de las personas y de las propiedades” (Artículo 22).

²³³ “Para Carrión Moyano, el empleo y el destino se diferencian en que el primero está en conexión con la relación de servicio del militar, mientras que el destino está relacionado con la relación orgánica del militar con la Institución. Por ello este segundo es variable y no lo es el primero, que solamente varía por el ascenso”. Véase en ALLI TURRILLAS, Juan Cruz: *La profesión militar. Análisis jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*, Ed. Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, Madrid, 2000, p.261.

El Artículo 31 establece dos únicas situaciones para jefes y oficiales, actividad y retiro, estableciendo en el siguiente los cinco supuestos en que podrán pasar a retirados. Los hay por razones objetivas, como son la edad y la inutilidad física, también a voluntad propia, en cambio el cuarto supuesto es producto de las decisiones de la Institución para optimizar la aptitud de su personal²³⁴. En el quinto supuesto, el motivo del pase a retirado era de carácter disciplinario, por separación del servicio “por causas graves consignadas en expediente gubernativo, que resolverá el Gobierno”.

El Artículo 33 establece que los jefes y oficiales “perderán el empleo por causa de delito y en virtud de sentencia”, con la consiguiente pérdida de los derechos pasivos y de todo carácter militar.

El Artículo 36 fija las edades de pase a la situación de retiro y el 37 establece el carácter definitivo de esta situación, que únicamente podrá quebrarse por otorgarlo el Gobierno “en casos muy especiales de guerra ya declarada”.

Por el Artículo 38 se derogan todas las disposiciones que se opongan a los anteriores y hay un artículo transitorio sobre prorrogas a los destinados en las carreras administrativas civiles sin infracción del Artículo 29 de la misma ley.

En síntesis, la CE1876 atribuía al Rey el mando supremo de las Fuerza Armadas y la facultad de disposición de ellas, y en la Ley Constitutiva 1878 se concretaban y desarrollaban estas facultades constitucionales del monarca.

2. 8.4. LEY ADICIONAL A LA CONSTITUTIVA DEL EJÉRCITO (1889).

Tras el fallido intento reformador del general Cassola y recogiendo algunas de sus ideas, se promulgó una Ley adicional a la Constitutiva del Ejército el 19 de julio 1889 (LACE1889)²³⁵.

²³⁴ Artículo 31 LCE1878: “[...] Cuarto. Por haber sido postergado para el ascenso por tres años consecutivos por consecuencia del resultado de la calificación reglamentaria y examen”. Andando el tiempo, siendo Ministro de la Guerra el general Luque, este precepto fue el origen del Real Decreto 4 enero 1916, por el que se disponían ejercicios para sostener y acrecentar las condiciones físicas y militares de los generales, jefes y oficiales y se facultaba al Ministro de la Guerra para ordenar la formación de expediente y pase a la situación de reserva, retirado o baja en el Ejército de los que no reunieran la aptitud necesaria para el servicio activo; cuya puesta en práctica fue el detonante para la formación de las Juntas de Defensa en Barcelona.

²³⁵ Por Real Orden Circular de 26 julio. Colección Legislativa del Ejército. Año 1889. N.º.341, pp. 542-551. Firmada por la Reina Regente, siendo Ministro de la Guerra José Chinchilla.

Constaba de trece artículos, uno adicional y dos transitorios. Desarrollaba algunos aspectos de la Ley Constitutiva de 1878, modificando otros y dejando subsistentes “en toda su fuerza y vigor” sus disposiciones, “salvo en aquellos puntos que expresamente resulten derogados o modificados por la presente ley” (Artículo 13 LACE1889).

En su primer artículo afirmaba el carácter del Ejército como “institución nacional” regida por leyes y disposiciones especiales, mientras que en la LCE1878 solo le otorgaba el carácter de especial. Como novedad en cuanto a su finalidad principal (misión), la ampliaba al asignarle el “mantener la [...] integridad de la Patria y el imperio de la Constitución y las leyes”.

La LCE1878 determinaba que cuando el Rey tomaba personalmente el mando de una fuerza armada, las órdenes que dictaba en ejercicio de dicho mando no precisaban refrendo ministerial, en cambio, ahora se eliminaba esta excepción a la norma general de la exigencia de refrendo de todos los actos del Rey, al precisar que el General en Jefe del Ejército en campaña cuyo mando asume el Rey firmará todas las órdenes de este, asumiendo así la responsabilidad de su ejecución (Artículo 2 LACE1889), no obstante, sí podía firmar en solitario las proclamas dirigidas a las tropas.

El Artículo tercero explicaba el alcance del mando militar, extendiendo su ejercicio a la jurisdicción de Guerra “y a las funciones que marquen las leyes a la Autoridad militar en el territorio donde se ejerza”.

Los Artículos cuarto y quinto trataban aspectos de organización. Es significativa la mención a que cada Arma, Cuerpo e Instituto tendrá un escalafón particular, conforme al cual se habrán de obtener los ascensos. Aparece la distinción entre Armas y Cuerpos, y el desaparecido Cuerpo de Administración Militar se subdivide en los de Intendencia e Intervención, creándose otros cuerpos auxiliares para diversas funciones técnicas y administrativas. Se establece la dependencia, respecto al Ministerio de la Guerra, de la Guardia Civil y los Carabineros, que ahora se denominan Institutos, “para los efectos de la organización y disciplina” en todo tiempo y, como fuerza armada, cuando dejasen de prestar su servicio por causa o estado de guerra o ejercieran una acción militar.

El Artículo sexto establecía que para pertenecer a la clase de oficiales era requisito previo el ingreso y permanencia en la Academia General, señalando que para sentar plaza en la misma serían preferidos los sargentos, cabos y soldados que cumplieran ciertas condiciones, tratando con cierto detalle el caso de los primeros.

El Artículo séptimo modifica parcialmente los empleos militares, modernizando las denominaciones de algunos (general de división en vez de mariscal de campo) y modificando otros (primer y segundo teniente), fijando también el empleo máximo que se podría obtener según el Arma, Cuerpo o Instituto a que se pertenezca.

El Artículo octavo estaba dedicado a los ascensos, que serán con motivo de vacante; en tiempo de paz, por rigurosa antigüedad hasta coronel inclusive y prohibiendo, tanto en paz como en guerra “la concesión de empleos de Ejército o personales, grados, sobregrados y mayores antigüedades”, en cambio, el ascenso a general será siempre por elección. También se pormenorizan ciertas reglas a favor de la equidad y justicia en la concesión de los ascensos, como el establecimiento de plazos de mínima permanencia en el empleo inferior o que, en los ascensos a general, se respete la proporcionalidad con el número de coroneles existentes en las plantillas de cada Arma, Cuerpo o Instituto.

En los Artículo noveno y décimo se establecían cuales eran las recompensas en tiempo de paz y las que correspondían a tiempo de guerra y se regulaban los requisitos, incompatibilidades y cuestiones afines, con bastante detalle. En lo relativo a las recompensas de las clases de tropa, el Artículo doce dejaba su regulación a lo que determinase un reglamento.

Por último, el Artículo 11 regulaba ciertos casos muy extraordinarios que, a efectos de concesión de recompensas, podrían considerarse como hechos de guerra. A grandes rasgos, los casos estaban referidos a actuaciones frente a “tropa rebelde o sediciosa”, o “al surgir colisiones armadas, combates o hechos de armas” o el mantenimiento de “el honor de las armas, la lealtad de las tropas a sus órdenes y la paz pública”, además prevenía que “la clasificación de los casos a que se refiere este artículo la hará el Gobierno, mediante real decreto...”.

El tono general de esta Ley adicional refleja las circunstancias sociopolíticas a las que se adaptaba y los problemas que pretendía afrontar.

En cuestiones de organización y de política de personal, es patente cómo se intenta afrontar problemas graves de funcionamiento interno del Ejército, como el tema de los ascensos o del acceso a la condición de oficial, primando la promoción interna, o el asunto de las recompensas.

En el plano político, se percibe un interés claro en perfilar lo más posible el mando y control del Ejército, así como en extender su campo de acción a tareas no estrictamente militares, como las de control del orden público. En este sentido es significativa la referencia a la independencia e integridad patria y al imperio de la Constitución y las leyes del artículo primero. También la extensión del refrendo a los actos del Rey como jefe de tropas en campaña. El carácter marcadamente militar de la Guardia Civil y los Carabineros. El carácter aparentemente ambiguo del artículo once, que contempla actuaciones en tiempo de paz, que sin embargo pueden ser consideradas y recompensadas como si se tratase de hechos de guerra y que está claramente enfocado a la actuación de la fuerza armada ante “sediciosos y rebeldes”, en tareas de mantenimiento del orden público.

2.8.5. LEY DE JURISDICCIONES (1906).

El ejercicio de la libertad de prensa amparada en el Artículo 13 CE1876, si bien restringido en un principio, fue abriendo su campo de acción de manera que el Ejército no solo no quedó a salvo sino que fue blanco frecuente de críticas, en algunos casos exacerbadas por el ambiente, como Institución protagonista de la vida española que era, lo que motivó acciones para procurar preservarle²³⁶.

La Ley de 23 de marzo 1906²³⁷ (LJ1906), de represión de los delitos contra la Patria y el Ejército, más conocida como Ley de Jurisdicciones, establece penalidad para los autores de estos delitos. Se dictó como ley especial respecto al Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento criminal del fuero ordinario y las penales y de procedimiento del fuero de Guerra y Marina (Artículo 13 LJ1906).

El Artículo 1 LJ1906 prescribe penas (hasta de muerte) para quien tome las armas contra la Patria bajo banderas enemigas “o bajo las de quienes pugnaran

²³⁶ El Tribunal Supremo solía resolver los conflictos jurisdiccionales a favor de la jurisdicción ordinaria, claramente menos estricta que la militar, situación que vino a atajar esta Ley de Jurisdicciones.

por la independencia de una parte del territorio español”, que es lo significativo, dado el ambiente de tensión separatista existente con la periferia territorial del Estado.

El Artículo 2 LJ1906 tipifica penalmente las conductas de quienes ultrajaren a la Nación, su bandera, himno nacional u otro emblema de representación, extendiendo este ámbito a los mismos delitos cometidos contra las regiones, provincias, ciudades y pueblos de España y sus banderas o escudos; en un intento de abarcar todas sus posibilidades de comisión, que alcanza también a toda la gama de medios: de palabra, por escrito, por imprenta, grabado, estampas, alegorías, caricaturas, signos, gritos o alusiones.

Si el anterior estaba dirigido a la protección de la Nación y de sus símbolos, el Artículo 3 LJ1906 pretende proteger al Ejército y la Armada de cuantos le “injurien u ofendan clara o encubiertamente”, tipificando igualmente como delictivas las conductas de quienes “instigaren directamente a la insubordinación en institutos armados o a apartarse del cumplimiento de sus deberes militares a personas que sirvan o estén llamadas a servir en las fuerzas nacionales de tierra o de mar”²³⁸. Con respecto a los medios para la comisión de este delito, contempla prácticamente los mismos que en el anterior artículo, añadiendo el grabado “u otro medio mecánico de comunicación”, en cambio, no menciona los gritos pero incluye los emblemas.

El Artículo 4 LJ1906 cierra el círculo tipificando la apología de los delitos, tanto de los comprendidos en esta Ley como de los delincuentes.

El Artículo 5 LJ1906 hace un reparto competencial, asignando a los tribunales ordinarios el conocimiento de los delitos comprendidos en los artículos 1, 2 y 4 citados, salvo que deba conocer la jurisdicción militar por razón de la persona o del delito. El conocimiento de las causas por infracción del Artículo 3 corresponderá a los tribunales del fuero de Guerra y Marina. En este mismo artículo se modifica en lo pertinente el Artículo 7 del Código de Justicia Militar y de la Ley de organización y atribuciones de los tribunales de Marina.

²³⁷ Colección Legislativa del Ejército. Año 1906. Nº.66, pp. 81- 85. Firmada por Alfonso XIII, siendo Presidente del Consejo de Ministros Segismundo Moret.

²³⁸ Inciso este que se reveló premonitorio visto lo sucedido en el embarque de tropas para combatir en África, en el puerto de Barcelona, que señaló el inicio de la llamada *Semana Trágica* (1909).

El Artículo 6 LJ1906 contiene una serie de cautelas para reforzar el cumplimiento de la Ley para los casos en que conocieran los tribunales ordinarios, en prevención de cualquier tipo de desistimiento o arreglo, por lo que impedía al fiscal solicitar el sobreseimiento sin consulta y autorización previa del fiscal del Supremo, así como retirar la acusación en juicio oral sin autorización del fiscal de la Audiencia, imponiéndole además el automatismo del recurso de casación en los casos de sentencia absolutoria.

Los Artículo 7, 8 y 9 LJ1906 contienen disposiciones de carácter procesal, regulando aspectos de procedimiento, recursos y plazos.

El Artículo 10 LJ1906 previene la intervención de la Inspección especial de los servicios judiciales, inmediata a la sentencia, para que esta informe a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre “cuanto se le ofrezca sobre regularidad en el funcionamiento de los juzgados y tribunales que hayan intervenido en cada proceso”, lo que revela una actitud de control un tanto exacerbada.

El Artículo 11 LJ1906 dispone que en los delitos cometidos por imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicidad, el proceso se dirigirá contra la persona responsable, según establece el Código Penal. También señala un plazo de prescripción de tres meses desde su fecha de comisión, para la incoación de procedimientos en persecución de los delitos a que se refieren los Artículos 2, 3 y 4. En un inciso final y a los efectos de esta ley, no considera a los libros incluidos en el concepto “impresos”, que sí están sujetos.

En el Artículo 12 LJ1906 se articula un sistema para perseguir la reincidencia en los delitos contemplados en esta Ley. Así, cuando se haya dictado el tercer auto de procesamiento, se podrá decretar la suspensión de las publicaciones o asociaciones por un plazo inferior a sesenta días y, tratándose de tres condenas, la Sala segunda del Tribunal Supremo podrá decretar la supresión o la disolución, respectivamente.

Los Artículo finales 14 y 15 LJ1906 contienen respectivamente, una cláusula derogatoria y la fijación de la entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

En síntesis, la Ley de Jurisdicciones pretendió blindar al Ejército contra el desgaste institucional que favorecían las críticas aunque, dado el sistema articulado para esto, quizás logró el efecto contrario.

Lo importante de la Ley de Jurisdicciones de 1906, es que su aprobación constataba el potencial del Ejército como grupo de presión.

2.8.6. DECLIVE DEL SISTEMA DE LA RESTAURACIÓN.

Los pilares del sistema eran el bipartidismo y la alternancia pacífica en el ejercicio del poder. En el primer periodo de la Restauración, las circunstancias de bonanza económica y control del orden público, quizás sobre la base de cierto cansancio social por los desórdenes de los años precedentes, hicieron posible que el partido conservador afianzara el régimen, aún restringiendo el ejercicio de derechos y libertades. Por otra parte, el turno de partidos permitiría al liberal suavizar las actuaciones del precedente, que a su vez retornaría a emplear su propio criterio en su momento.

Pero lo cierto es que ambos partidos tenían una base social parecida de aristócratas, burgueses o comerciantes, que reflejaba poco la realidad de las aspiraciones y deseos de la masa popular, por lo que en realidad se vivía una competencia en un plano político-social elevado que progresivamente se alejaba de la realidad²³⁹. El enlace entre ambos planos de la realidad, paralelos y superpuestos, se hacía mediante el recurso al caciquismo, como medio privilegiado de control del electorado²⁴⁰.

Por estas razones, conforme la problemática social del siglo XX se va manifestando en acciones concretas, los dos partidos que habían monopolizado el poder van perdiendo cohesión y fraccionándose, además de la aparición de otros sobre la base del fenómeno de tensión centro-periferia, en forma de partidos

²³⁹ Para Donoso Cortés, la debilidad del liberalismo estribaba, precisamente, en no dar importancia sino a las cuestiones de gobierno, desentendiéndose de los problemas sociales y religiosos. Véase en SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. p. 369.

²⁴⁰ Para algunos autores, el sistema del recurso al cacique, tenía la perversa virtud de ser un mal menor, en este sentido, para J.J. Linz "fue un instrumento de adaptación para establecer un vínculo entre el país legal y el país real". SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. p. 338.

nacionalistas o regionalistas y sobre los emergentes fenómenos socialista y anarquista.

“Así, la monarquía moderada que Martínez Campos proclamó en Sagunto y que pudo haberse transformado en Monarquía democrática con sufragio universal, no pasó de una monarquía oligárquica y caciquil que se esclerotizó desde 1898, entró en crisis irreversible en 1917 y se desintegró en 1923 a manos del dictador, sin que se pudiera atisbar –debido también a la falta de unión de la izquierda- una viable alternativa democrática”²⁴¹.

De manera que durante el reinado de Alfonso XIII, el sistema de la Restauración camina hacia el agotamiento, haciendo crisis por una acumulación de circunstancias variadas, históricas, políticas y sociales, de las que son parte significativa el excesivo intervencionismo del Rey en política y en el ejercicio del mando directo del Ejército, así como el movimiento de las Juntas militares de defensa y su intromisión como grupo de presión.

Hubo algún intento de reforma constitucional, con la pretensión de forzar la evolución política del régimen sin cuestionar la Monarquía, siendo el más decidido el del partido reformista a partir de 1918.

La **Dictadura de Primo de Rivera** (1923) es la última etapa de este proceso de crisis desintegradora que desde 1917²⁴² se venía manifestando con violencia y que, pasando por la desgraciada actuación africana que se cerró con el desastre de Annual (1921), constituyó el penúltimo episodio de un rosario rematado al viejo estilo decimonónico, es decir, con el recurso a un pronunciamiento militar como solución. Hecho que se produjo el 13 de septiembre de 1923 con la aprobación del Rey, la aceptación de importantes sectores de la sociedad y la pasividad general del resto. El pronunciamiento supuso la inmediata disolución de las Cortes y la suspensión de las garantías constitucionales, instaurando un Directorio Militar que se arrogó la facultad de dictar decretos con fuerza de ley. Incluso se creó un partido político único, la Unión Patriótica, en sustitución de todos los anteriormente existentes. Aunque en principio nació como una solución transitoria, Primo se afianzó y en 1925 sustituyó el Directorio por un

²⁴¹ TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. 160.

²⁴² Para Sánchez Agesta, en 1916-17 el sistema hace crisis por acumulación de al menos tres procesos; el resurgimiento del pronunciamiento militar, sobre el nuevo estilo de la acción de las Juntas militares de defensa; la inflación generada por la guerra europea 1914-18, traducida en huelgas y que afectó gravemente a funcionarios y militares; la descomposición de los partidos políticos, por varias causas. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. p. 413.

Gobierno nutrido con civiles, en 1927 creó la Asamblea Nacional, como órgano consultivo colaborador del Gobierno, al que encargó la redacción de un anteproyecto de Constitución que presentó dos años después, pero la indiferente acogida del mismo y la falta de los apoyos que le habían encumbrado, le forzaron a presentar la dimisión y a marchar al exilio.

A juicio de algunos²⁴³, quizás la última esperanza de la Monarquía habría estado en la vuelta inmediata al sistema parlamentario pero, en lugar de esto, el Rey encargó al General Berenguer la formación de un gobierno que siguió empleando el decreto y la censura como medios, de manera que el periodo posterior, que se procuraba presentar bajo una aparente normalidad, no fue mas que un periodo de liquidación del sistema que avanzaba imparable hacia la asunción del poder por los miembros del Comité Nacional Republicano y la proclamación de la Segunda República, el 14 de abril de 1931.

2.9. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESPAÑOLA (9 diciembre 1931).

Nada mas constituirse el Gobierno Provisional²⁴⁴ se afrontó la organización de una nueva estructura político-constitucional, por lo que se decretó la convocatoria de Cortes Constituyentes para el 14 de julio, que elaboraron la Constitución de la República Española de 9 diciembre 1931 (CE1931).

El texto constitucional debía articular un nuevo sistema político, naturalmente ya sin la figura del monarca, y era deudor de un conjunto de elementos, circunstancias o apoyos que hicieron posible su advenimiento, por lo que debía respetar los acuerdos del Pacto de San Sebastián, intentando armonizar las diferencias de sus promotores, la burguesía urbana e industrial y las

²⁴³ Fernández Segado asume la opinión de Raymond Carr. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. p. 47.

Para Carmen Llorca, Primo de Rivera solo se proponía resolver de manera práctica los problemas internos y externos y no considera su régimen como un fascismo, por carente de una ideología y de un partido al asalto del poder, "fue lisa y llanamente la intervención militar para cortar una demagogia ejecutiva y legislativa". LLORCA, C.: *Parlamentarismo y Constituciones en España*, cit. p. 96.

²⁴⁴ "El Gobierno Provisional representaba las fuerzas de oposición a la Monarquía: republicanos (laicos y católicos), socialistas y regionalistas. Quedaban fuera las fuerzas monárquicas y las situadas a la izquierda del PSOE". TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. p.172.

fuerzas políticas y sindicales obreras²⁴⁵. Por otra parte, el Gobierno Provisional fue derivando a las Cortes Constituyentes la decisión o solución de la mayor parte de las cuestiones que se iban presentando en progresión creciente, unas enteramente nuevas y otras como consecuencia de la necesidad de cambiar o reformar soluciones adoptadas bajo el sistema anterior. Las excepciones a esta actitud calificable de legalista y un tanto parsimoniosa, fueron las medidas relativas a la reforma agraria adoptadas por Largo Caballero y la reforma militar emprendida inmediatamente por Azaña, a golpe de Decreto.

En realidad, el Gobierno Provisional procuraba ceñirse a los principios y limitaciones que se había autoimpuesto en el Decreto de 15 abril 1931²⁴⁶, en el que dejaba claro el carácter transitorio de sus plenos poderes y la voluntad de someter su actuación a normas jurídicas. Entre estos principios directivos se contemplaba su responsabilidad ante las Cortes Constituyentes cuando declinase sus poderes (1º), la decisión de respetar plenamente la libertad de creencias y cultos (3º), la garantía legal de la propiedad privada junto con la revisión actualizadora del derecho agrario (5º), la aspiración de ensanchar el estatuto de los derechos ciudadanos con garantías y su ampliación a los sindicales y corporativos como básicos del nuevo sistema social (4º), aunque con la posibilidad de someterlos a un régimen de fiscalización gubernativa (6ª).

Desde el punto de vista formal y técnico, el Texto de 1931 tiene calidad, seguramente debido a la presencia de importantes figuras de la intelectualidad española en las Cortes Constituyentes. Se empleó un lenguaje constitucional culto, con un estilo jurídico ajustado y buena técnica legislativa. Resultó una Constitución avanzada y de izquierda, pero no socialista, por el reconocimiento de la propiedad privada y también conservadora, pero conservadora de la República²⁴⁷.

²⁴⁵ A juicio de Sánchez Agesta, la Constitución de 1931 nació condicionada por el Pacto de San Sebastián, que expresaba un conglomerado de partidos, individuos e intereses. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. p. 464.

²⁴⁶ Decreto "Gaceta" de 15 abril. Fijando el Estatuto jurídico del Gobierno provisional de la República. El texto completo puede consultarse en la Colección Legislativa del Ejército. Año 1931. Nº.140, pp. 198-199.

²⁴⁷ Según palabras del Presidente de la Comisión redactora. Véase en SOLE TURA, J.; AJA, E.: "Constituciones y períodos constituyentes...", cit. p.175.

A juicio de Torres del Moral, recogiendo opiniones de varios autores (Jiménez de Asúa, Vicens Vives, R. Carr), se configuraba "una Constitución de izquierda, no socialista, democrática, liberal,

Pero el nuevo texto, mas que resolver las tensiones existentes, conduciría a un desenlace violento por su resultado político mas bien escaso, a lo que contribuyeron diversos factores como el pernicioso efecto de la aplicación de la Ley de Defensa de la República (21 octubre 1931), que alteraba la aplicación de las previsiones constitucionales relativas al ejercicio de derechos y libertades²⁴⁸. También contribuyó el lastre original del carácter transaccional de la Constitución, de la que cada actor esperaba algo quizás completamente distinto; para la izquierda, suponía la liquidación de los obstáculos institucionales que tradicionalmente se oponían al progreso y la democracia; para la derecha, era una manera de afrontar de modo controlado la revolución social y política que la situación histórica demandaba; para el común popular, se presentaba como un instrumento capaz de solucionar injusticias, proporcionar esperanza y mejorar la situación personal de cada uno. Todo en un juego de tensiones en el que a unos les parecía recibir poco mientras que otros pensaban que daban demasiado.

2.9.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y LIBERTADES.

El texto constitucional de 1931 carece de preámbulo o exposición de motivos. Con las cautelas propias de toda síntesis, Torres del Moral²⁴⁹ considera como principios básicos de la Constitución de 1931, la democracia, el liberalismo político, el regionalismo, el laicismo y la economía mixta.

El principio democrático²⁵⁰ se refleja en la concepción de la **soberanía** como “**popular**”, término empleado en lugar de “nacional”, aunque también se empleó el más genérico “España” como equivalente a pueblo español o nación española. Consecuencia natural de este principio es el sufragio universal, reconocido sin distinción de sexo a los mayores de veintitrés años (Artículo 36). Aparecen ciertas formas de democracia directa para abrir la participación política, como la posibilidad de someter a *referéndum* leyes votadas en Cortes o el

de gran contenido social y que aspiraba a ser conservadora de la República”. TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. pp. 174-175 y 201-203.

²⁴⁸ Así opina FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp. 46-47.

²⁴⁹ Véase TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. pp. 176-187.

²⁵⁰ Artículo 1 CE1931: “España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo. La República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones...”.

derecho de iniciativa popular para presentar una proposición de ley, ambas del Artículo 66.

El **carácter integral del Estado** que declaraba el Artículo 1, suponía recurrir a una fórmula original para configurar un Estado más descentralizado que el del modelo unitario seguido hasta entonces, pero no tanto como sería propio de una federación. La apertura de la organización territorial del Estado formaba parte de los acuerdos del Pacto de San Sebastián, con la autonomía de las regiones articulada sobre los correspondientes estatutos que serían aprobados por las Cortes, por lo que los debates constituyentes sobre el Título Primero (Organización Nacional) estaban mediatizados por la necesidad de obtener un resultado prefijado.

La **cuestión religiosa**, de constante presencia en nuestros textos constitucionales históricos, se manifestó como nunca antes como aglutinador de posturas políticas irreconciliables y de antagonismos personales. También formaba parte del compromiso de San Sebastián el propósito de garantizar la libertad religiosa, pero se tradujo en las constituyentes en duros debates en los que no brilló ni la tolerancia ni el sentido común. El Artículo 3 ya determinaba que el Estado español no tenía religión oficial, pero los constituyentes pusieron empeño en perfilar el alcance de esta declaración. El resultado fue un Artículo 26 de carácter anticlerical, rupturista, intentando neutralizar toda influencia social de las Instituciones religiosas mediante su regulación como asociaciones sometidas a ley especial cuyas bases se fijaban en el propio artículo, con redacción ciertamente detallada y dirigida en alguna cuestión, como la disolución de los Jesuitas y la nacionalización de sus bienes, en una inmersión laicista brusca que se convirtió en vivero de conflictos de variada índole²⁵¹.

En cuanto al **régimen jurídico de los derechos** constitucionales, la Constitución de 1931 contenía una amplia declaración que, siguiendo la tendencia característica de las Constituciones posteriores a la Primera Guerra Mundial, por primera vez incluía derechos sociales en un mismo texto, junto a los ya clásicos derechos individuales, al tiempo que instauraba el control de constitucionalidad de

²⁵¹ Como por ejemplo el ser causa inmediata de la primera crisis de gobierno, por la dimisión de Alcalá-Zamora y Maura, disconformes con el tratamiento constitucional del tema.

las leyes materializado en la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales²⁵².

El Presidente de la Comisión redactora, en su discurso de presentación del Proyecto a las Cortes, exponía que la evolución del tratamiento de los derechos en las constituciones extranjeras de la segunda decena del siglo, había ampliado su área de interés más allá de los derechos individuales para acoger también los de las entidades colectivas, e incluso otros que eran propios de la vida familiar, y todo bajo un afán garantista para evitar que quedara en una “declamación” de derechos lo que había de ser declaración operativa y eficaz²⁵³.

Solé Tura y Aja²⁵⁴ estiman como principal preocupación de los constituyentes, la ampliación de los derechos ciudadanos en el doble sentido de recoger las aspiraciones sociales más sentidas y de asegurar el cumplimiento de la declaración de derechos.

El liberalismo político se manifestaba en la declaración de derechos (y deberes) contenida en su Título III, que los clasifica en individuales y políticos recogidos en el Capítulo I (Artículos 25 a 42), además de otros de corte social, relativos a familia, economía y cultura que son tratados en el Capítulo II (Artículos 43 a 50). El Título recoge los clásicos individuales y políticos de las constituciones del siglo XIX, de manera parecida a la de 1869, aunque con algunas variaciones en el tratamiento y la inclusión de nuevos derechos.

Existe un significativo avance en el tratamiento de la igualdad (Artículo 25) extendida ahora a la prohibición de discriminación por razones de sexo o filiación. La libertad de conciencia reconocida en el Artículo 27 y su juego con el artículo precedente generó legislación posterior, como la relativa a la secularización de los cementerios. Se prohibía al Estado la suscripción de convenios que tuvieran por objeto la extradición de delincuentes político-sociales (Artículo 30). Se reconocían los derechos de reunión y manifestación, de sindicación y asociación, con obligación de inscribirse en un Registro, remitiendo su regulación a ley especial

²⁵² Sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales, como órgano constitucional, jurisdiccional, independiente y federal, puede verse ROURA GÓMEZ, Santiago A.: *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española (Rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp.297-348.

²⁵³ El discurso está reproducido en SOLE TURA, J.; AJA, E.: “Constituciones y períodos constituyentes...”, cit. pp.166-175.

²⁵⁴ SOLE TURA, J.; AJA, E.: “Constituciones y períodos constituyentes...”, cit. p.100.

(Artículos 38 y 39). Cerraba el capítulo la previsión del Artículo 42 sobre la posibilidad de suspender ciertos derechos y garantías, total o parcialmente, por decreto del Gobierno, en los casos en que por su especial gravedad así lo exigiera la seguridad del Estado; con una duración máxima de treinta días y referida a los Artículos 29, 31, 34, 38, 39 (libertad personal, circulación, expresión, reunión, manifestación, sindicación y asociación).

Los Artículos 43 al 50, recogen los nuevos derechos relativos a familia, economía y cultura, aunque 19 más bien son principios rectores de corte claramente económico y social. Contienen previsiones importantes respecto a la institución familiar relativas a deberes, filiación con prohibición de discriminar por razón de nacimiento, disolución del matrimonio, paternidad, etc. También, la función social de la propiedad, la consideración social y legal del trabajo, la especial protección del campesino y del pescador, cultura y enseñanza laica y tratamiento de las lenguas de las regiones autónomas.

El texto constitucional articula un **sistema de garantías** que permite el paso de la simple declaración a la efectividad práctica, sobre la normatividad concreta de cada bien protegido y por un sistema de recursos jurídicos que culmina en el amparo²⁵⁵.

El Artículo 105 remitía a una ley la organización de tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales. En el Título IX dedicado a las garantías y reformas de la Constitución, se preveía la organización, jurisdicción y competencias de un órgano novedoso, el Tribunal de Garantías Constitucionales, que debía conocer entre otros asuntos, del recurso de amparo así como de las consultas sobre inconstitucionalidad de las leyes que le dirigieran los tribunales. Pero el sistema no funcionó como era de esperar, seguramente por vicios estructurales en cuanto a su composición y la elección de sus miembros, interés político, falta de confianza por parte de los mismos jueces y otras²⁵⁶.

²⁵⁵ Véase SOLE TURA, J.; AJA, E.: "Constituciones y períodos constituyentes...", cit. p.101.

²⁵⁶ El Tribunal se creó con propósitos confusos y hasta contradictorios, sus elecciones eran políticas, pero no se estableció claramente su naturaleza política aunque apareciera con este carácter, ni se exigía preparación técnica a su Presidente, los vocales eran numerosos, no tuvo autoridad ni fue respetado por los partidos, e incluso los jueces, en general, eludieron consultarlo. Véase SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, cit. pp. 122 ss - pp. 496 ss. Torres del Moral también se manifiesta en esta línea y añade que la Ley orgánica de este Tribunal empeoró la regulación constitucional, además de que su funcionamiento no fuera ni lo exquisito ni

No obstante, los militares se benefician poco del entramado de derechos y garantías constitucionales, ya que para su discriminación efectiva basta un **Decreto de 19 julio 1934** que, para mantener la neutralidad política del Ejército, opta por la restricción estricta de sus derechos y libertades, decisión que indica la consideración como ciudadanos en que eran tenidos sus miembros²⁵⁷. Las razones expuestas para justificar este decreto comienzan por expresar la preocupación constante de los poderes públicos por mantener al Ejército apartado de “los apasionamientos de la política”; se elogia la Orden de 6 noviembre 1868, dada por Prim, “que no cabe mejorar en su redacción ni en su elevado espíritu” y se considera la intervención de los militares en la vida política como peligrosa para la vida de la Nación y para la vida interna de las Instituciones armadas, “cuya unidad, armonía y eficiencia caerían por su base” en caso de admitirse tal participación, siempre acompañada de la “pasión y el encono”. El decreto arbitraba una serie de medidas radicales, como la prohibición absoluta a los militares en activo de pertenecer “en ningún concepto ni por motivo alguno” a “centro, partido, agrupación o sociedad” que revista algún carácter político o sindical. En caso de pertenecer a alguno, daba un plazo de un mes para darse de baja y encomendaba a los Jefes de Cuerpo, Centros y Dependencias del Ejército la más estricta vigilancia sobre el particular. Se prohibía a los militares acudir a la prensa “sobre asuntos del servicio ni sobre temas o cuestiones de índole política, sindical o societaria, o de carácter militar”, no obstante se permitían las opiniones técnicas, desde un punto de vista científico o doctrinal siempre que “no envuelva crítica, censura o discusión de las disposiciones legales y reglamentarias”. También se prohibía terminantemente la asistencia “a todo género de manifestaciones, reuniones y actos de carácter político o societario”, incluso a los que no tuvieran aparentemente ese carácter pero pudiera deducirse por el lugar, los participantes u otros motivos. Asimismo prohibía que los Cuerpos estuvieran suscritos a “periódicos políticos o de carácter sindical”, así como la introducción o lectura de los mismos en los cuarteles. Como cierre establecía medidas

lo pacífico que cabría esperar en cualquier órgano jurisdiccional. Véase en TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. pp.198-200.

²⁵⁷ En este sentido, “puede seguir el Ejército entendiéndose como guardián de un orden constituido más bien ajeno o no necesariamente igual al constitucional del que no participa. Cabe mantener su identidad con la Nación por encima de la Constitución”. CLAVERO, B.: *Manual de historia constitucional de España*, cit. p.226.

especialmente duras para los infractores, ya que aparte de exigir la aplicación de los tipos penales y disciplinarios con el mayor rigor, imponía la consignación de las penas y correctivos sufridos “sin excusa alguna, en la documentación militar” de los infractores, a los que además se les privaba del ingreso en la Orden de San Hermenegildo o se les daba de baja, si ya eran miembros.

2.9.2. LEY DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA (1931).

De entre las leyes de desarrollo de la CE1931, por su incidencia directa en los derechos y libertades es significativa la Ley de Defensa de la República de 21 octubre 1931 que, aunque cronológicamente precedió a la Constitución, fue dotada de rango constitucional por la Disposición Transitoria Segunda, mientras subsistieran las Cortes Constituyentes, salvo derogación expresa.

Desarrollaba el 6º principio directivo del Estatuto Jurídico del Gobierno Provisional, que consideraba una dejación de funciones el abandonar a la naciente República ante quienes dificultaren su consolidación, por lo que preveía la “fiscalización gubernativa” de los derechos, si bien temporalmente y dando cuenta circunstanciada a las Cortes.

Era una ley de carácter represivo dirigida a mantener el orden público, para lo que era necesario contar con el necesario instrumento jurídico legitimador y cuya aplicación se encomendaba al Ministro de la Gobernación (Artículo 4). Las sanciones derivadas del ejercicio de las medidas gubernativas adoptadas en aplicación de la Ley eran compatibles con las que, en su caso, procedieran de la aplicación de las leyes penales (Artículo 5). En los once puntos de su Artículo 1, tipificaba los “actos de agresión a la República” sometidos a esta Ley, empleando conceptos indeterminados como el de “toda acción o expresión que redunde en menosprecio” del punto quinto o “la incitación a la indisciplina o al antagonismo entre Institutos armados, o entre estos y los organismos civiles”, del punto segundo. También hay puntos claros, como el relativo a la tenencia ilícita de armas o a las huelgas no anunciadas. El Artículo 2 establecía las sanciones aplicables, que eran la confinación o el extrañamiento y multas. En el caso de los funcionarios públicos que incurrieran en la falta de celo y negligencia descritos en el Artículo 1 (punto XI), podían ser suspendidos, separados o postergados. Se

contemplaba la posibilidad de recurrir las sanciones en el plazo perentorio de veinticuatro horas o cinco días, según la condición individual o colectiva del sancionado, pero el proceso no trascendía del ámbito gubernativo, lo que suponía la privación de garantías para el ciudadano.

La posterior constitucionalización de esta Ley encerraba un grave contrasentido al normalizar el principio de arbitrariedad gubernamental, que debía ser lo excepcional, con la consecuencia directa de poner en entredicho la eficacia real del subsistema de garantías articulado en el texto constitucional para proteger los derechos fundamentales²⁵⁸.

2.9.3. LA FUERZA ARMADA.

El texto constitucional de 1931 no dedica título o capítulo específico a la Fuerza Armada y las referencias a esta y a sus miembros, se encuentran dispersas por el articulado.

Como una declaración de principios, el Artículo 6 contiene la expresa renuncia de España a la guerra como instrumento de política nacional.

La legislación y ejecución directa de lo relativo al Ejército, Marina de guerra y Defensa nacional era una de las competencias exclusivas que se reservaba el Estado, por el Artículo 14.7º.

En el Título III (Artículo 37) precisaba la posibilidad de exigir al ciudadano su prestación personal “para servicios civiles o militares, con arreglo a las leyes” y asignaba a las Cortes la fijación anual del contingente militar, a propuesta del Gobierno.

El derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, reconocido a todo español por el Artículo 35, contenía la prohibición de su ejercicio “por ninguna clase de fuerza armada”.

En el Título V, dedicado a la Presidencia de la República, se determinaba la no elegibilidad para este cargo de los militares en activo, en la reserva o retirados desde menos de diez años, que ni tan siquiera podían ser propuestos como candidatos, compartiendo este veto con los eclesiásticos y los miembros de

²⁵⁸ Véase FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp. 527-531.

familias reinantes o ex reinantes de cualquier país, cualquiera que fuere el parentesco (Artículo 70).

El Artículo 76 recoge entre los poderes presidenciales los de declarar la guerra, conforme a la escala gradual de los requisitos que para ello establecía el siguiente Artículo y que culminaban en la necesidad de autorización por ley para poder firmar tal declaración. También corresponde al Presidente la concesión de los empleos militares y la expedición de los títulos profesionales, conforme a leyes y reglamentos.

En el Título VII (Justicia) se contempla la Administración de Justicia como comprensiva de todas las jurisdicciones existentes, que serán reguladas por las leyes, limita la jurisdicción penal militar a los delitos militares, servicios de armas y disciplina, prohíbe la existencia de fuero alguno por razón de la persona o del lugar y suprime todos los Tribunales de honor, civiles y militares (Artículo 95).

En cuanto a la Hacienda Pública, el Artículo 114 contemplaba, entre otros, la posibilidad de concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito por el Gobierno, cuando las Cortes no estuvieran reunidas, para el caso de guerra o para evitación de la misma.

Por otra parte, la Ley de Orden Público de 1933²⁵⁹ aún reservaba a las autoridades militares un papel excepcional durante la declaración del estado de guerra, que suponía la suspensión de garantías constitucionales, situándoles en cierto modo al margen de la autoridad civil²⁶⁰.

2.9.4. LA REFORMA MILITAR.

Unas de las cuestiones punteras en el programa de los republicanos era acometer la reforma del Ejército y de la Armada, cuya prioridad podía justificarse con datos objetivos y que ha sido un tema recurrente en el constitucionalismo histórico español. Uno sus aspectos más visibles era la inflación numérica de las escalas militares, sobre todo durante el largo período de la Restauración, por causa de la pérdida de territorios en América y Filipinas y la posterior acción en Marruecos. Existía acuerdo en la necesidad de reformas, aunque la discrepancia

²⁵⁹ Que sucedió a la Ley de Orden Público de 23 abril 1870, que había sido modificada por un decreto del Ministerio de la Guerra de 29 octubre 1931.

en cuanto a los medios y manera de llevarlas a cabo condenaba los intentos al fracaso.

Por otra parte, España había quedado al margen de la última contienda europea y necesitaba actualizar su política militar con la delimitación clara de las misiones de la fuerza armada y la adecuación de sus medios y organización, de modo que reflejaran la nueva concepción republicana. Así que la reforma militar se emprendió inmediatamente sin esperar a la Constitución y continuó con esta. Para llevarla a cabo, la persona idónea del Gobierno Provisional era Manuel Azaña, nombrado Ministro de la Guerra el mismo día 14 de abril²⁶¹. Cuando asume la cartera de Guerra se encuentra ante un Ejército cuyo “estado lastimoso” era el efecto de una política de abandono por parte de los Gobiernos precedentes que, bajo el pretexto de no entrar en cuestiones técnicas, se habían desentendido de la situación real del Ministerio²⁶².

Azaña distinguía entre lo que era la política militar, de la que él se consideraba único responsable e interlocutor en el Gobierno y la técnica militar, que dejaba en manos de los expertos de uniforme. A su juicio esta política militar no existía en España, siendo su papel el de “fijar las responsabilidades de los ciudadanos y el espíritu informador de la organización y reclutamiento del Ejército”²⁶³. Tenía claro que un Ejército no podía justificar su existencia sobre la memoria del pasado, que no podía ser un instrumento de la política y que si era necesario, se aprovecharían modelos ya existentes²⁶⁴. Para la buena marcha del Estado era fundamental sanear el Ejército hasta ponerlo en condiciones equiparables a cualquier otro extranjero, para lo que era preciso actuar en varios frentes; significativamente en tres, la gestión de personal, quizás el más traumático, la democratización y despolitización del Ejército, así como adecuar su

²⁶⁰ Véase FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp. 604-609.

²⁶¹ En el mismo Decreto de 14 de abril 1931, se restablecía la denominación de Ministerio de la Guerra y no “del Ejército” como hasta ahora, lo que cabe considerar un avance de la nueva concepción del papel del Ejército en el contexto político, como un instrumento que sirve a una necesidad de defensa y no como algo con entidad propia entre las Instituciones del sistema político.

²⁶² Azaña participó poco en los debates habidos en las Constituyentes sobre cuestiones militares, mientras que sí lo hacían militares diputados como Fanjul o Peire. Además, según relata en sus Memorias, en los Consejos de Ministros se aprobaban los Decretos sin discusión. Véase ALPERT, Michael: *La reforma militar de Azaña (1931-1933)*, Estudios de Historia Contemporánea, Siglo XXI de España Editores S.A, Madrid, 1982, p.5.

²⁶³ En este sentido véase ALPERT, M.: *La reforma militar de Azaña (1931-1933)*, cit. p. 30.

organización y modernización a las necesidades reales de España, con la idea meridianamente clara de que en asuntos de defensa no cabe el término medio²⁶⁵.

“El Ejército, en tiempo de paz, no tiene más misión que instruirse para la guerra, si la organización del Ejército no es todo lo perfecta que cabe en lo humano, no sirve para nada, y todo lo que se ha venido gastando y produciendo y trabajando en los años de la paz es absolutamente perdido; esto no pasa en ninguna otra institución del Estado”²⁶⁶.

Los militares recibieron al nuevo régimen republicano desde la pasividad en defensa de la monarquía, pese a las incógnitas del futuro, porque estaba claro que el régimen fenecido no había sido capaz de solucionar problemas. Quizás no esperasen cambios extraordinarios con la República, pero desde luego les sorprendió la agresividad de los nuevos líderes políticos hacia la Institución, de manera que las reformas emprendidas por el nuevo Ministro modificarían su actitud hasta conseguir polarizarles.

“Lo mas importante a propósito de las reformas de Azaña no fueron las reformas en cuanto tales, sino la manera como se llevaron a cabo. En todos estos cambios, lo que importaba era [...] Destruir lo que se calificaba de viejo “espíritu militar” español [...]. Azaña no perdía ocasión de humillar al Ejército en tanto que institución y a los mandos en tanto que grupo profesional; quería dejarles bien sentado que no eran mas que un sector sin importancia de la burocracia estatal”²⁶⁷.

El recurso técnico utilizado para ejecutar la reforma fue la publicación de decretos firmados por el Presidente del Gobierno provisional, complementados con Órdenes Circulares firmadas por el Ministro de la Guerra. Posteriormente, los Decretos se agruparon en una relación que las Cortes aprobaron y ratificaron por Ley de 18 de agosto 1931.

²⁶⁴ Su modelo a imitar era el Ejército de Francia, que había estudiado y sobre el que había escrito en sus “Estudios para la política militar francesa”.

²⁶⁵ “Sus disposiciones perseguían una doble finalidad: asegurar la lealtad a la República de todos los cuadros militares y sustituir la vieja organización por otra más racional y efectiva. Para conseguir lo primero exigió a todos sus miembros un juramento de lealtad o (de lo contrario) el retiro, conservando la graduación y el sueldo que poseían. Para lo segundo, redujo el número de Divisiones a la mitad y cerró la Academia Militar de Zaragoza. Además, suprimió las Capitanías generales y el Consejo Supremo de Guerra y Marina. Ante estas medidas, abandonaron el servicio activo unos diez mil oficiales.” SOLE TURA, J.; AJA, E.: “Constituciones y períodos constituyentes...”, cit. p. 95.

²⁶⁶ Discurso en las Cortes, marzo 1932. Tomado de AGUADO, E.: *Don Manuel Azaña Díaz*, cit. p. 248.

²⁶⁷ PAYNE, S. G.: “El Ejército, la República y...”, cit. p.136.

La actividad reformista prácticamente cesó con el mandato de Azaña y, a partir de noviembre 1933, el nuevo Ministro de la Guerra (Gil Robles) se aplicó a deshacer lo hecho por su antecesor, para lo que adoptó medidas como la restauración del principio jerárquico, los ascensos por méritos, la reimplantación de los tribunales de honor, los actos religiosos, etc.

2.9.4. a. Política de personal.

Azaña comenzó su tarea acometiendo los problemas relacionados con el personal militar. El 22 de abril dictó un Decreto relativo a la **promesa de fidelidad** a la República por el Ejército, en cuyo prólogo justificativo se expresan algunas líneas del pensamiento militar de su autor. El entendimiento del juramento de ligazón de las fuerzas de mar y tierra como compromiso con la República, que es la Nación que se gobierna a sí misma y no como vínculo de adhesión a una dinastía o persona. La misión del Ejército, que es sostener la independencia de la Patria. El concepto del Ejército, como nacional, la Nación organizada para su propia defensa. Esgrimiendo el respeto de la República hacia la conciencia individual, no se exigía la promesa de adhesión, pero se entendía que los que rehusaran prestarla preferían abandonar el servicio, sin que esto tuviera carácter de sanción, sino de simple ruptura de compromiso con el Estado. La solemne promesa de adhesión y fidelidad sería individual y por escrito, según la fórmula “Prometo por mi honor servir bien y fielmente a la República, obedecer sus leyes y defenderla con las armas”, dando un plazo perentorio de cuatro días para prestarla.

También en correspondencia con el compromiso de respetar la libertad de conciencia, de la que era parte la libertad de creencias y cultos, por Orden Circular de 18 abril se dictaron reglas para la asistencia del personal del Ejército a **actos religiosos**, en la que se ordenaba la no obligatoriedad de la asistencia a misa en los Cuerpos y dependencias militares, así como la prohibición a las autoridades militares de concurrir a los actos religiosos ostentando representación alguna, ni de comisiones, músicas o bandas²⁶⁸.

²⁶⁸ Orden Circular de 18 de abril, que dicta reglas para la asistencia del personal del Ejército a actos religiosos. Colección Legislativa del Ejército. Año 1931. Nº.153, p. 205.

Uno de los Decretos más representativos de la época es el de 25 abril 1931, por el que se facilitaba el **abandono del servicio activo** al personal del Ejército que lo solicitara, conservando el sueldo y otras ventajas²⁶⁹.

La extensa justificación del Decreto contenía toda una declaración de intenciones sobre las razones y el modo de ejecutar las reformas del Ejército, que se entendían en dos fases, una más urgente y sencilla de la que el propio Decreto formaba parte y otra, comprensiva de las bases legales de la Institución militar, que se difería a las Cortes. El conjunto de ambas "infundirán en la clase militar aquella seguridad de Justicia y buen gobierno en su carrera, no solo conciliables, sino estrechamente ligadas al respeto de los derechos inherentes a la ciudadanía", en la convicción de que el "despotismo ministerial pernicioso" en ningún Departamento lo había sido tanto como en el de la Guerra, porque a la indefensión general de los ciudadanos se le unía en el caso de los militares la fuerza de la disciplina, ya que "el Ejército, obediente a la Ley, se calla". Con la intención general de evitar que los errores pasados reaparecieran, el Gobierno se proponía adoptar ciertas disposiciones útiles y urgentes para facilitar la obra de las Cortes mediante la supresión de organismos, gastos y servicios innecesarios y la reducción de gastos inútiles, por lo que "el presente decreto tiende a resolver, cuando menos en parte, un problema específico que no depende de la organización futura, antes la estorba o la imposibilita"²⁷⁰. La finalidad concreta era implantar un régimen transitorio para que los militares en activo pudieran pasar a la situación de reserva o retirado, de forma voluntaria y sin menoscabo de sus haberes, lo que reportaría ventajas al Estado tanto de orden económico, porque los acogidos al Decreto ya no ascenderían más y dejarían de percibir ciertos complementos y de generar algunos gastos, como otras propias de la organización, al aligerar las escalas y facilitar así su gestión.

Al Decreto se le atacó, sobre todo, por el plazo perentorio de treinta días que daba para decidir sobre carrera y futuro personal en un ambiente de indefinición sobre lo que iba a ser el nuevo Ejército de la República, además de por la torpe amenaza que encerraba su artículo séptimo, que reservaba al Ministro la

²⁶⁹ Decreto de 25 abril. Concediendo el pase a las situaciones que se expresan, con el mismo sueldo que disfruta en sus actuales empleos, al personal del Ejército que se indica. Colección Legislativa del Ejército. Año 1931. Nº.195, pp. 231-233.

propuesta de amortización forzosa y sin beneficio alguno del personal que, transcurrido el plazo, aún resultase sobrante²⁷¹.

La cuestión de los **ascensos** era un problema fundamental en el Ejército, porque la justicia y equidad en los criterios de concesión, cuando eran por mérito o elección, repercutían tanto en la calidad profesional de los promocionados como en las expectativas de carrera de los demás. El criterio de antigüedad había soslayado parte de los conflictos y acrecentado otros. Azaña partió de la vigente Ley de Bases de 1918²⁷², que no prohibía el ascenso por elección pero exigía una serie de cautelas burocráticas como eran el expediente contradictorio, el informe favorable del Consejo Supremo de Guerra y Marina y su concesión por decreto. Aunque Azaña no se oponía a los ascensos por méritos de guerra, por Decreto de 18 mayo derogó otro Real Decreto de 26 de julio de 1926 relativo a los ascensos por elección para jefes y oficiales del Ejército y por otro de 3 de junio, ordenó la revisión de los ascensos por méritos de guerra otorgados desde el 13 de septiembre de 1923. La nueva dirección quedaría clara en la Ley de 12 septiembre 1932²⁷³, que sustituía el sistema de mérito y elección por una selección sujeta a controles severos y basada en la capacidad personal demostrada mediante el tiempo de servicio, la capacidad de mando, la superación de cursos y la buena conducta.

Lo radical de las reformas no dejó indiferentes a los afectados, por lo que no hay tibieza en las opiniones. Para unos fueron acometidas con un asesoramiento parcial, de forma agresiva, desconsiderada y falta de tacto, en actitud arrogante, desde el prejuicio y la prepotencia, mientras que para otros, era un mal necesario. Tuvieron el efecto de polarizar a los militares, unos a favor, otros contrarios o disconformes con su ejecución, o simplemente molestos por la incertidumbre

²⁷⁰ Problema que en el caso concreto era el enorme exceso de personal, cifrado en la misma justificación en 258 generales y 21.996 jefes y oficiales.

²⁷¹ Según Alpert, el Decreto fue criticado desde la izquierda porque no garantizaba la purga de los oficiales monárquicos y la conservación de los republicanos y desde la derecha, porque estimaban que Azaña debía haber esperado a las Cortes para legislar y no hacerlo por decreto. El tono amenazador del Artículo séptimo era innecesario e inoportuno, más aún cuando prácticamente no se utilizó. En cualquier caso, parece que consiguió su objetivo, retirando un total del 36,9% de los oficiales en activo. Véase ALPERT, M.: *La reforma militar de Azaña (1931-1933)*, cit. pp.133-199.

²⁷² Ley de 29 junio. Aprobando las bases contenidas en el artículo 1º del real decreto de 7 de marzo último, para la reorganización del Ejército. (Los ascensos se trataban en la Base 9ª. Categorías). Colección Legislativa del Ejército. Año 1918. N.º.169, pp. 206-248.

generada por la aparente precipitación en la adopción de medidas de tan gran calado. Pero es una simplificación considerar que esto fuera el único móvil, bajo la forma de un supuesto afán revanchista, para urdir una conspiración contra el régimen republicano²⁷⁴.

“Los militares recibieron con satisfacción algunas de las reformas de Azaña, pero la drástica reorganización de la oficialidad impuesta por el ministro de la guerra parece ser que dejó aturridos a muchos. Los militares no esperaban ser tratados con favoritismo por la república, pero tampoco creían que iban a ser sometidos a tan duro tratamiento”²⁷⁵.

Según Busquets, “la fuerte carga ideológica que rodeó la reforma de Azaña, mas que la propia intención objetiva de la misma, hizo que fuese muy controvertida, incluso en la objetividad de las cifras”²⁷⁶.

El carácter traumático de las medidas reformadoras no escapaba a su promotor.

“Buscando la eficacia, ha sido menester reducir las unidades del ejército español de una manera cruel, radical, a menos de la mitad. Había 21.000 oficiales en plantilla, han quedado 8.000 [...]. Todo esto era necesario destrozarlo, y he tenido la serenidad de hacerlo, pero sin darle importancia”²⁷⁷.

2.9.4. b. Democratización y despolitización.

Azaña consideraba erróneo separar al Ejército de la sociedad civil, negando a los militares derechos como el sufragio o la libre expresión de sus opiniones, como sería lo propio de su calidad de Ejército nacional. Pero la democratización de la oficialidad no debía hacerse mediante purgas de los oficiales no adictos, sino desde arriba y con inteligencia, mediante leyes y decretos, y las relaciones de disciplina y obediencia debían establecerse ahora sobre la aceptación del

²⁷³ Ley de 12 septiembre. Determinando cómo ha de reclutarse la oficialidad del Ejército y cual ha de ser el sistema de ascensos en el mismo. Colección Legislativa del Ejército. Año 1932. Nº.506, pp. 592-595.

²⁷⁴ En este sentido, Losada sostiene que las reformas militares de la II República no son el móvil del 18 de julio, sino “la progresiva evolución izquierdista del régimen, palpable en todos los terrenos”. LOSADA MALVÁREZ, J. C.: *Ideología del Ejército Franquista (1939-1959)*, cit. pp. 115-125.

²⁷⁵ PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. p. 238.

²⁷⁶ BUSQUETS BRAGULAT, J.: *El militar de carrera en España*, cit. p. 36.

²⁷⁷ Extraído de un discurso de Azaña. PAYNE, S.G.: *Los militares y la política...*, cit. p. 235.

soldado ciudadano que contribuye a la defensa de la sociedad civil de la que es miembro²⁷⁸.

Ya se había decretado la revisión de la obra legislativa de la Dictadura y la actitud de Azaña a este respecto y como contraste con la arbitrariedad anterior, fue de escrupulosa legalidad en cuantas acciones emprendió en nombre de la República²⁷⁹.

En el aspecto jurisdiccional, se anuló el Código Penal de 1928 (Decreto de 15 abril), dejándolo sin valor ni efecto así como los Decretos-leyes de la Dictadura que establecieron o modificaron la definición de delitos o la fijación de penas²⁸⁰. Por Decreto de 2 de mayo se reformaban ciertos artículos del Código penal común de 1870 y de los Códigos penales del Ejército y de la Armada, siendo significativa la nueva redacción de los artículos 181, 243 y 237, relativos a los delitos contra la forma de gobierno, rebelión y rebelión militar.

La idea republicana era la unificación de fueros y la preponderancia de la jurisdicción ordinaria, no obstante, se reconocía y mantenía la jurisdicción militar para que los tribunales militares entendieran de los delitos propiamente militares, pero con una profunda reforma de la aplicación del fuero militar, por razón de la persona o de la materia y, desde luego, suprimiendo el carácter de autoridad judicial atribuido a ciertos mandos militares por la única razón de su posición jerárquica, en una visión que retrotraía al sistema del Antiguo Régimen en el que el superior jerárquico era juez y parte en su propia causa. De modo que la justicia militar sería administrada en el futuro por los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, como especialistas del Derecho militar²⁸¹.

Por Decreto de 17 de abril 1931 se derogó tempranamente la Ley de Jurisdicciones de 1906, justificando la medida en su exposición de motivos en que las instituciones armadas no debían sentir preocupación alguna de desamparo, ni necesidad de circunstancial parapeto en relación con la ciudadanía que “recuerda con gratitud y piedad la sangre vertida generosamente por los militares como

²⁷⁸ En sentido véase ALPERT, M.: *La reforma militar de Azaña (1931-1933)*, cit. pp. 43-52.

²⁷⁹ Decreto de 15 abril (Gaceta nº.107). Disponiendo la revisión de la obra legislativa de la República. Colección Legislativa del Ejército. Año 1931. Nº.146, pp. 202-203.

²⁸⁰ Por Orden Circular de 20 abril se dictaban reglas para el cumplimiento y la ejecución en la jurisdicción militar de lo dispuesto en el precedente decreto de 15 abril.

²⁸¹ Por Decreto de 11 de mayo 1931 se determinaba la jurisdicción de los tribunales de Guerra y Marina.

ofrenda de su sensibilidad republicana”, a la vez que la fuerza pública celebra el cese de la irrupción en el campo de las contiendas políticas²⁸².

El español era el único Ejército de su entorno que mantenía dos clases de oficiales²⁸³ y para acabar con esto se propuso reformar la enseñanza militar, lo que presentaba dos vertientes, por un lado era una cuestión de racionalización en la organización, puesto que era el vivero que producía oficiales para unas escalas generalmente ya saturadas; por otra, y esta era la más relevante para Azaña, se trataba de democratizar el Cuerpo de Oficiales facilitando el acceso a civiles o militares por promoción interna²⁸⁴. Un Decreto de 25 de abril anuló la convocatoria para exámenes de ingreso en la Academia General Militar que se había anunciado el anterior 3 de diciembre de 1930, en su prólogo daba como razón básica la necesidad de contar con oficiales de otras procedencias, por lo que la prudencia aconsejaba no agravar la situación de las escalas activas admitiendo nuevos alumnos. Posteriormente, por Decreto de 30 de junio se declaró suprimida la Academia General Militar, para ello el Decreto se basaba en dos consideraciones fundamentales, la nulidad del Decreto de fundación (20 febrero 1927) y lo desproporcionado de la Academia y su gasto respecto a las necesidades presentes y futuras del Ejército; no obstante, en el preámbulo de otro decreto de la misma fecha (30 junio) sobre reorganización de los Centros de enseñanza militar, se daba como razón de aquella supresión el que “sus servicios no responden a la orientación que en lo futuro piensa darse a la enseñanza militar”.

Por último, aunque el Gobierno Provisional había decretado el mismo día 14 de abril la amnistía de todos los delitos políticos, sociales y de imprenta, así como el indulto total o parcial para otras penas, quedaban personas que en su día sufrieron separación del servicio por la acción de tribunales de honor, por lo que la

²⁸² Decreto de 17 abril (Gaceta nº.109). Derogando la Ley de 23 de marzo de 1906, denominada de Jurisdicciones. Colección Legislativa del Ejército. Año 1931. Nº.152, pp. 204-205.

²⁸³ Los de la Escala Activa, procedentes de las Academias y los de la Escala de Reserva Retribuida (1/5 del total), procedentes de tropa.

²⁸⁴ Para democratizar las filas, fusionó los escalafones de oficiales, sin distinción de procedencias, además de crear un nuevo Cuerpo de suboficiales. Prohibió las publicaciones militares de opinión. Intentó organizar una milicia republicana, especie de reserva general, bajo control civil. En cuanto al servicio militar, lo generalizó para todos los varones y sustituyó las redenciones a metálico por un sistema progresivo basado en el grado de instrucción o nivel cultural del recluta (por lo que no era tan igualitario).

Ley de 16 abril 1932²⁸⁵ permitió elevar recurso contra el fallo condenatorio, por una sola vez y en el plazo de treinta días.

2.9.4. c. Organización y modernización.

Ya se habían acometido otras reformas por decreto en materia de organización, como la disolución de los Somatenes, de la Escolta Real y del Cuerpo de Guardias Alabarderos²⁸⁶. Para acometer el grueso de reformas, Azaña se valió de un Gabinete Militar creado por Orden circular de 25 de abril, bajo su dependencia inmediata, compuesto por un número indeterminado de jefes y oficiales y con las misiones o cometidos que el Ministro les encomendara en bien del servicio²⁸⁷.

Reestructuró el Ministerio, redujo las divisiones orgánicas a ocho y disolvió los órganos jurisdiccionales militares, incluido el Consejo Supremo de Justicia Militar, creando en su lugar una nueva Sala en el Tribunal Supremo. Suprimió los empleos de capitán general y teniente general, así como el cargo de gobernador militar. Potenció el nombramiento de civiles para la administración de Marruecos, hasta entonces de clara preponderancia militar.

En realidad, más que una reducción, se pretendía una racionalización de los medios y recursos económicos disponibles en función de las necesidades defensivas de España²⁸⁸.

²⁸⁵ Ley de 16 abril. Concediendo recurso de revisión contra todos los fallos de los extinguidos Tribunales de honor. Colección Legislativa del Ejército. Año 1932. Nº.217, pp. 293-294.

²⁸⁶ Como la Orden Circular (16 abril 1931) por la que se disponía la desaparición en los uniformes, emblemas, material y atributos militares, de todas las insignias reales y representaciones de la Monarquía; el Decreto de 20 abril "suprimiendo para todas las Academias, Corporaciones, Sociedades, Patronatos, Establecimientos públicos, industriales o mercantiles y cualquiera otra entidad no mencionada, las denominaciones que expresen o reflejen la dependencia o subordinación respecto del régimen monárquico suprimido", lo que incluía el "estampillado" de las monedas y timbres del antiguo Poder con las palabras "República Española".

²⁸⁷ Azaña prescindió de la jerarquía militar o tuvo poco en cuenta sus opiniones para afrontar las reformas. Sus principales apoyos fueron el Subsecretario, general Ruiz Fornells y el teniente coronel Hernández Saravia, director del Gabinete Militar, también llamado por sus detractores *el gabinete negro*.

²⁸⁸ Se redujeron gastos. En 1931 el Ejército gastaba el 16% del presupuesto nacional, porcentaje que en 1932-33, se había reducido al 12,5% de un presupuesto nacional mayor. Según ALPERT, M.: *La reforma militar de Azaña (1931-1933)*, cit. p. 312.

Dado que el interés de Azaña en la reforma militar era fundamentalmente político, en el sentido de atraerse al Ejército hacia la línea de los intereses políticos de la República, no se implicó demasiado en cuestiones técnicas²⁸⁹.

2. 10. RÉGIMEN DE FRANCO.

La configuración del régimen político del general Franco arranca del Decreto de 24 julio 1936 por el que se constituía una Junta de Defensa Nacional que asumía todos los poderes y la representación del Estado.

El nuevo sistema sustituía la división de poderes por “los principios de unidad de poder y coordinación de funciones”, según el Artículo 2 de la Ley Orgánica del Estado. Pero esta previsión no se cumplía en la práctica desde el momento en que el Jefe del Estado asumió también el cargo de Presidente del Gobierno y disponía de facultades en materia legislativa. La capacidad de control mutuo entre Cortes y Gobierno era inexistente, porque ni aquellas tenían mecanismos para controlar al Gobierno ni este podía disolver las Cortes.

El sistema de representación orgánica supuso un regreso a la representación estamental anterior a la Revolución Francesa, por la que ciertos grupos o instituciones sociales (familia, municipio y sindicato) se transformaban en los cauces naturales de representación corporativa en Cortes, en las antípodas del sistema propiciado por el individualismo liberal revolucionario.

El Fuero del Trabajo, que había sido promulgado por decreto en 1938, reflejaba la ideología del régimen en lo social y en lo económico, prohibía las huelgas y sustituía los sindicatos de clase por los verticales, en una visión idealizada y fraterna de las relaciones de empresa.

El Fuero de los Españoles de 17 julio 1945 se presentaba como una declaración de derechos y deberes, que pondría su acento en los derechos sociales y las libertades civiles, mientras que enumeraba las libertades públicas y

²⁸⁹ Aunque sí se implicó directamente en algunos temas, siendo de los más significativos, la creación del Consorcio de Industrias Militares que agrupaba las fábricas militares dedicadas a la industria de guerra, con un criterio moderno y comercialmente competitivo.

los derechos políticos en sentido restrictivo²⁹⁰. Los derechos recogidos en el Fuero se agrupaban en cuatro áreas. Los derechos civiles, relativos a la dignidad personal, la intimidad y la seguridad personal, jurídica y económica. Las libertades públicas, limitadas en origen por la precisión del Artículo 12 de que “todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado”, que además vendrían limitadas por otras normas como el Código Penal, la Ley de Principios del Movimiento Nacional o el propio Fuero, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos no podía atentar contra “la unidad espiritual, nacional y social de España” (Artículo 33). El derecho a la libre expresión del pensamiento había estado especialmente reprimido por la aplicación de la Ley de prensa de 1938, hasta su regulación por la Ley de Prensa de 18 marzo 1966, que supuso una mejora aunque establecía límites generales e imprecisos cuya vulneración tenía sanción penal. El derecho de reunión y manifestación era regulado por una Ley de Reuniones de 1880, actualizada por una Orden de 1939, con graves limitaciones y la posible aplicación del Código Penal y la Ley de Orden Público. El derecho de asociación se reguló por la Ley de Asociaciones de 1964, sin por ello excluir la consabida acción de otras normas y una intervención intensa de la autoridad administrativa. Los derechos políticos “no eran sino una mera ficción carente de toda proyección práctica en la realidad cotidiana”²⁹¹.

En cuanto a la eficacia de los derechos reconocidos, además de sus condicionamientos de diseño y de su legislación de desarrollo, fueron suspendidos con cierta frecuencia²⁹².

Desde la aprobación de la Ley Orgánica del Estado en 1966, algunos defendieron la idea de la existencia de una verdadera Constitución española, solo que su soporte físico no era un texto unitario, sino que había evolucionado entre

²⁹⁰ A juicio de Torres del Moral, esta pretensión de hacer pasar el Fuero como declaración de derechos no resistía el examen porque acumulaba excesivas peculiaridades, como eran su necesidad de desarrollo legislativo, es decir su no aplicabilidad directa; el no reconocimiento de los derechos de asociación política, sindicación y huelga; la libertad religiosa y la vigencia relativa de muchos de sus preceptos, que podían suspenderse por decreto-ley, sin control político alguno. Véase en TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. p. 217.

²⁹¹ Relativo a ambos Fueros, véase FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas...*, cit. pp. 707-111.

²⁹² Según Torres del Moral, el Fuero de los Españoles fue suspendido en once ocasiones entre 1956 y 1975, con distinta amplitud temporal, material y territorial. TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. p. 225.

1936 y 1975 hasta adoptar una forma peculiar de carácter abierto que se materializó en una constitución informal compuesta por las siete leyes fundamentales. En esta línea, Puy Muñoz²⁹³ la estructura de modo que la ley de Principios del Movimiento y los Fueros de los españoles y del trabajo, equivaldrían al título preliminar y parte declarativa; la ley Orgánica del Estado, la Constitutiva de las Cortes y la de Sucesión, configurarían la parte organizativa y lo tocante a la reforma constitucional estaría a cargo de la ley de Referéndum.

En cambio, Torres del Moral se muestra en desacuerdo con tal opinión,

“Únicamente sustentando un paupérrimo concepto material de Constitución que haga de ella un sinónimo de régimen político podría sostenerse que el régimen franquista estaba regido por una Constitución. La inutilidad de este concepto de Constitución salta a la vista: todos los regímenes existentes y por existir serían constitucionales, y este adjetivo no serviría, por tanto, para calificar a ninguno”²⁹⁴.

En cualquier caso, aspectos esenciales como la concentración del poder unipersonal existente y un panorama político monolítico, quedaban al margen de esta presunta Constitución y además habían sido decididos por decreto durante la guerra civil, sin por ello perder su vigencia.

“...los textos fundamentales que nacieron [...], bajo el régimen franquista, carecen de las características liberales mínimas que precisa una Constitución para merecer tal nombre, aunque su eficacia fuera garantizada durante cuarenta años por el poder civil y militar”²⁹⁵.

La Jurisdicción Militar fue una de las más características del Régimen entre las varias especiales y especializadas que existían. Su competencia para conocer

²⁹³ Sostiene la tesis de que “las leyes fundamentales del régimen político autoritario y humanista vigente en España entre 1936 y 1975 declararon de forma razonable la lista casi completa de los derechos humanos entonces reconocidos, y aseguraron su efectividad con las garantías entonces activadas y las limitaron, controlaron y suspendieron de forma homologable a como hacían los demás países del hemisferio occidental”. PUY MUÑOZ, Francisco: “Los derechos humanos en las Leyes Fundamentales de España (1936-75)”, en Puy Muñoz, Francisco (Coordinador), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 212.

En una línea similar, Carmen Llorca considera que las leyes fundamentales se otorgan paulatinamente en forma de concesiones escalonadas hasta formar un cuerpo único e integrado y capaz de evolucionar hasta “hacerse heredable”. LLORCA, C.: *Parlamentarismo y Constituciones en España*, cit. pp.107-108.

“La Constitución española, después de la promulgación de la Ley Orgánica del Estado, podía considerarse una Constitución completa”, si bien recordaba las cartas otorgadas y aparte de su contenido ideológico. TOMÁS VILLARROYA, J.: *Breve historia del constitucionalismo español*, cit. p.44.

²⁹⁴ TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, cit. p.236.

de los delitos se sustentaba sobre tres criterios: por razón de la naturaleza del delito, por el lugar de comisión y por la persona responsable. En aplicación de estos criterios, el personal militar estaba sujeto por completo al Código de Justicia Militar (1945), que además de los tipos penales incluía también la regulación y sanción de las faltas disciplinarias. Además, el ya amplio campo de acción que estos criterios permitían se abrió aún más mediante una serie de Decretos leyes, hasta hacer desproporcionada la competencia de esta Jurisdicción.

La Jurisdicción militar actuaba mediante los Consejos de Guerra, cuyos miembros eran todos militares profesionales salvo un Vocal del Cuerpo Jurídico Militar y no eran órganos permanentes.

2. 11. RECAPITULACIÓN.

Tras lo expuesto en las páginas de este capítulo, se impone un esfuerzo de síntesis para intentar extraer respuestas concretas a una serie de preguntas que surgen en torno al tema tratado.

¿Qué es lo permanente en los textos constitucionales históricos?, la presencia de la fuerza militar. ¿Qué es lo cambiante?, el papel asignado al Ejército, la distribución de competencias o funciones sobre la fuerza armada y sus miembros entre los tres poderes, las excepciones contenidas en las declaraciones de derechos respecto a su ejercicio por militares. Y ¿cómo afectan estas decisiones al estatuto personal de quienes sirven encuadrados en la fuerza militar?

1) El tratamiento de la fuerza militar ha estado presente en los textos constitucionales, si bien es cierto que el acierto conceptual y la precisión del detalle ha variado en función de circunstancias de hecho, como la participación de tal fuerza en el nacimiento y/o sostén de la constitución que la trata, o de tipo político, según los principios sobre los que se fundamente el texto concreto.

El papel de la fuerza militar en el sistema político ha cursado con un cierto paralelismo con el tratamiento que los textos dieron a la participación de los ciudadanos en las funciones castrenses.

²⁹⁵ SOLE TURA, J.; AJA, E.: "Constituciones y períodos constituyentes...", cit. p.117.

2) La decisión constituyente se apoya sobre ciertos principios, algunos de los cuales son de tratamiento inexcusable. El primero y de carácter fundacional por excelencia es el principio de soberanía, que es la clave del arco constitucional, porque de la opción adoptada dependen cuestiones tales como las misiones de la fuerza militar, su mando y la distribución de cometidos relativos a ella.

Si se entiende que la soberanía descansa sobre la nación española, como en la Constitución de 1812, las Cortes que reúnen los diputados que representan la Nación se arrogan, entre las facultades propias de su condición de poder legislativo, los más poderosos mecanismos de control sobre la fuerza armada, como son la decisión sobre el volumen, forma de reclutamiento, dar ordenanzas y la exigencia de su aprobación previa para ratificar tratados de alianza con fines ofensivos. Reservando al Rey, como poder ejecutivo, las facultades propias del mando y de la dirección político-militar, tales como la disposición y organización de Ejército y Armada, el nombramiento y provisión de destinos o el hacer la guerra y declarar la paz.

En el caso concreto de la Constitución de 1812, dadas las circunstancias de la época y con fundado recelo hacia las lealtades de una fuerza armada que inmediatamente antes, con Carlos IV y bajo el sistema del Antiguo Régimen, era de plena disposición del monarca para servir sus intereses dinásticos comúnmente identificados con los intereses nacionales, se arbitró como elemento corrector la creación de la Milicia Nacional, según la división de cometidos de la Fuerza Militar Nacional ya expuesta.

Por otra parte, la adopción del principio de soberanía nacional lleva como anexo inseparable el concepto de sufragio universal que es el instrumento lógico para que tal principio tenga expresión real y práctica.

También será preciso fijar en el texto constitucional una tabla o conjunto de derechos individuales, que sean expresión de otro de los principios básicos como es el de igualdad, cuya manifestación inmediata (más aún en 1812) es la exigencia de unidad de códigos y de fuero "para toda la Monarquía". No obstante, ya en este momento fundacional del constitucionalismo histórico se advirtió la necesidad de que los militares "gozaran" de fuero particular, "en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere", lo que significaba una excepción

a la generalidad del principio igualitario por el reconocimiento de la necesidad de que el personal militar, por lo particular de su servicio, se rigiera según su propia ordenanza, cuestión que merece atención ya que las vigentes en la época eran las de Carlos III (1768), compendio que regulaba prácticamente todos los aspectos necesarios para el funcionamiento del Ejército. Algunas cuestiones de estas ordenanzas ya quedaron derogadas por decisiones adoptadas en el texto constitucional, como por ejemplo la disposición de la fuerza o el modo de nombrar los cargos o empleos militares, pero otras quedaron incólumes y actualizadas por la remisión constitucional hecha a la ordenanza, que suponía de hecho permitir la existencia de una amplia jurisdicción especial en el ámbito militar²⁹⁶.

Asimismo, se advierte un contrasentido en la conceptualización constitucional del fuero militar como privilegio (“goce”), lo que remite a una consideración de tal fuero según el punto de vista estamental, cuando bajo la CE1812 no cabe hablar de privilegios de clase o estamentales por razones esenciales que no es preciso explicar, lo que indica la ebullición de conceptos en un momento en el que se trataba de eliminar lo anterior y ensayar algo radicalmente nuevo, con el telón de fondo de una guerra popular total.

Al ceñirse el contenido del fuero a lo necesario para conservar la disciplina y subordinación de las tropas, cambiaba su naturaleza, que de ser un privilegio personal del estamento militar, ahora se convertía en una carga, una excepción gravosa respecto al régimen del ciudadano común, en consideración a las exigencias y necesidades de la función militar.

²⁹⁶ Véase parte del Índice de las entonces vigentes Reales Ordenanzas de Carlos III (1768). En MUÑIZ Y TERRONES, J: *Reales Ordenanzas de Carlos III*, Madrid, 1880.

Tratado Sexto.

Título 12º. Reglas que deben observarse para la persecución y aprehensión de desertores, y obligación de las justicias para su descubrimiento y conducción.

Tratado Octavo. DE LAS MATERIAS DE JUSTICIA.

Título 1º. Exenciones y preeminencias del fuero militar, y declaración de las personas que lo gozan.

Título 2º. Casos y delitos en que no vale el fuero militar.

Título 3º. Casos y delitos en que la jurisdicción militar conoce de reos independientes de ella.

Título 4º. Casos cuyo conocimiento corresponde á los Capitanes generales de las provincias.

Título 5º. Consejo de Guerra ordinario.

Título 6º. Consejo de Guerra de Oficiales generales.

Título 7º. Delitos cuyo conocimiento pertenece al Consejo de Guerra de Oficiales generales.

Título 8º. Del auditor general de un Ejército en campaña y de los de distrito (provincia).

Título 9º. De las formalidades que se han de observar en la degradación de un Oficial delincuente.

Título 10º. Crímenes militares y comunes, y penas que a ellos corresponden.

Título 11º. De los testamentos.

Cabe pensar que los constituyentes de 1810 fueron conscientes de esta disfunción, pero no era el momento más oportuno para hacer mudanza en plena guerra. Apoya esta presunción el temprano interés de los diputados, en particular los militares, en desarrollar las previsiones constitucionales en una primera Ley Constitutiva del Ejército (1821).

En el tratamiento disperso de los derechos y libertades del texto de 1812, no se detectan precisiones respecto a los militares y este trato igualitario fue produciendo efectos también en el ámbito castrense, como por ejemplo, la supresión de las pruebas de nobleza para acceder a cargos públicos, incluida la carrera militar.

En suma, se pretende la inserción plena del militar en la naciente sociedad de clases, en un sistema del que debe ser defensor, pero se mantienen excepciones, particularmente en el ámbito jurisdiccional penal, para en cierto modo evitar que la aplicación del régimen general dificulte el control de la fuerza armada.

3) Los textos constitucionales siguientes (1834, 1837, 1845) son fieles a otra característica de nuestro constitucionalismo histórico como es la organización o creación de unas Instituciones que no llegan a consolidarse, como reflejo de la inexistencia de partidos políticos estables, fuertes y dignos de tal nombre. En las Constituciones de 1837 y 1845 se mantiene lo apuntado anteriormente para la de 1812, con las oscilaciones propias de la acusación exacerbada de los caracteres de inestabilidad y superficialidad con que también se ha identificado al constitucionalismo histórico español, con un enfoque de los derechos y libertades pragmático en 1837 e inclinado hacia posiciones conservadoras en 1845. El concepto de soberanía se silencia o se entiende conjunta entre Rey y Cortes. Es significativo ver cómo decae la atención que en ambas Constituciones se dedica a la fuerza militar, incluso en términos cuantitativos²⁹⁷. En el texto de 1845 ya no se contempla la Milicia Nacional. También es posible que la presencia militar en los órganos de poder, significativamente el general Narváez durante la vigencia de la CE1837 y Espartero durante la CE1845, proporcionaran a estos los suficientes

²⁹⁷ La Constitución de 1812 dedicaba diez artículos a la Fuerza Militar, dos la de 1837 y solo uno el texto de 1845.

mecanismos fácticos de control sobre la fuerza armada, lo que hacía menos necesaria su regulación constitucional.

4) En la Constitución de 1869, como cabría esperar por haber surgido de un amplio movimiento revolucionario, había cambios importantes en la concepción de los derechos individuales que ahora, bajo la óptica iusnaturalista, son vistos como naturales, absolutos e ilegislables. A efectos prácticos no se fijaba límite a su número o clase, no obstante, su regulación detallada y garantista en el texto constitucional, ponía coto a posibles recortes en desarrollos posteriores. La soberanía es nacional, el sufragio universal y pese a predicar la unidad de códigos y de fuero, se admite la existencia de variaciones “por particulares circunstancias” que se dejan al desarrollo legislativo, lo que permite el mantenimiento del fuero militar. La CE1869 introduce nuevos derechos como los de asociación, reunión y petición que tanto juego darán respecto a su ejercicio por los militares. No dedica título alguno a la fuerza militar y sin embargo sí hace precisiones respecto al derecho de petición, cuyo ejercicio colectivo prohíbe a los militares al tiempo que restringe el individual, que solo podrá ejercerse libremente (por omisión) en asuntos ajenos al servicio ya que, en los referidos a este, habrá de ejercitarse conforme a la legislación específica militar. Este tratamiento es significativo, porque al margen de regular la fuerza militar por el sistema de reparto de funciones entre los tres poderes, el elemento individual ya es merecedor de atención específica. Es importante la inadmisión de la obediencia debida, como eximente de responsabilidad, “en los casos de infracción manifiesta, clara y terminante de una prescripción constitucional”, que se niega en todo caso a quien ejerce autoridad, aunque la infracción no sea “manifiesta, clara y terminante”. También es sintomática la consideración referente a la prohibición expresa de las extralimitaciones del mando militar, en cuanto a extensión de las penas, para el caso de suspensión de garantías constitucionales.

5) La doctrina de la constitución interna, asumida por Cánovas, soslayaba el debate sobre la soberanía, entendida por virtud de aquella como compartida por Cortes y Corona como instituciones preexistentes.

En cambio, es relevante la oposición canovista al sufragio universal, si bien el carácter consensual de la Constitución de 1876 y el turno de partidos dio el juego suficiente como para atemperar aquella, por vía de la legislación electoral. Y

al efecto que aquí se trata, es fundamental el concepto que tenía Cánovas de los derechos y libertades porque, lejos de considerarlos naturales e ilegislables como en 1869, sostenía que debían estar perfectamente delimitados, así que se conciben los derechos como una síntesis armonizadora entre los del individuo y los de la sociedad, conjugando la admisión de la existencia de unos derechos naturales con el hecho del carácter social del individuo, lo que hace que los derechos no puedan menos que estar limitados de alguna forma, en lo que se derive de la colisión con los de otros individuos o con los intereses del Estado como representante de los de la sociedad. Esta visión y el hecho de que los constituyentes se limitaran a enunciar su existencia en el texto constitucional, fiando su exacta delimitación a la legislación ordinaria de desarrollo, originaron una amplia producción legislativa en este campo.

El texto de 1876 es parco en menciones a la fuerza militar y al estatuto de los militares, en cambio, su legislación de desarrollo configuró la función constitucional del Ejército y el estatuto de sus miembros, con una tendencia clara al reforzamiento de las facultades militares del Rey y al alejamiento de los asuntos militares del control de las Cortes. Por citar algún punto indicativo de esta tendencia, recordaremos el tratamiento del refrendo de los actos del Rey cuando ejercía el mando de las tropas, las incompatibilidades de los militares en activo en cuanto al sufragio pasivo y la remisión del activo a la ley especial “si esta se lo otorga”, o la prohibición de asistir a las reuniones políticas, incluso las electorales.

Otro síntoma de cambio era la abundancia de intentos de reforma y de proyectos fallidos que se produjeron durante la Restauración para adaptar, reformar, cambiar o suprimir las Ordenanzas militares vigentes desde 1768, aunque finalmente se abandonó la idea de modificarlas, optando por ir reemplazando su contenido con disposiciones legales de variado rango. Así, se fueron sustituyendo y derogando tácitamente partes de esas Ordenanzas por la Ley Constitutiva del Ejército (1878), el Reglamento para el Servicio en Campaña (1882), el Código de Justicia Militar y el Reglamento Provisional para el Detall y Régimen Interior de los Cuerpos (1896), surgiendo a cambio el problema de

discriminar qué partes de las Ordenanzas estaban derogadas y qué otras eran aún de aplicación²⁹⁸.

En la Ley Constitutiva del Ejército de 1878 se percibe la tendencia a la formación de un *espíritu de cuerpo*²⁹⁹ entre los miembros del Ejército, distinguiéndolos de la sociedad civil sobre la misión de “sostener la independencia de la Patria y defenderla de enemigos exteriores e interiores”. Espíritu cuya exacerbación fue un factor determinante que condujo a la Ley de Jurisdicciones de 1906, que supuso la colonización por parte de la jurisdicción militar de ámbitos hasta entonces propios de la ordinaria y la desviación de la fuerza militar de sus funciones naturales, según su diseño constitucional. Lo que unido a la asociación de mando militar y autoridad jurisdiccional, cuyo ejercicio ya había extendido la Ley adicional de 1889, traería consecuencias al socavar el prestigio de la Institución por mero desgaste, al tiempo que alejaba a sus miembros del régimen ordinario del ciudadano común.

6) La Constitución de 1931 tiene en común con la de 1812 que ambas iniciaron sus procesos constituyentes condicionados por la necesidad de transigir e integrar posiciones opuestas en cuestiones concretas. En el caso del texto de 1812, venía marcado por el carácter innovador y forzosamente rupturista del régimen naciente, en un ambiente bélico generalizado; en el de 1931 no existía una tabla rasa sobre la que edificar la nueva estructura constitucional, porque esta estaba condicionada por lo acordado en San Sebastián entre todas las fuerzas políticas.

En línea con el apuntado carácter innovador de la CE1812, la fuerza militar fue objeto de marcada atención en el texto de 1931, en el que no se aprecian grandes diferencias con el precedente de 1876 a este respecto. Aunque no le dedica título o capítulo específico alguno, atribuye al Presidente los poderes de disposición sobre la fuerza armada que antes se predicaban del Rey, e incluso en su desarrollo legislativo potenciaba el papel de las autoridades militares durante la declaración del estado de guerra y la consiguiente suspensión de garantías

²⁹⁸ Es la época de las Ordenanzas comentadas, entre las que destaca la obra de VALLECILLO LUJÁN, Antonio: *Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas militares*, 1874.

²⁹⁹ La Ley Constitutiva del Ejército de 1878, define a este como “Institución especial por su objeto e índole”.

constitucionales³⁰⁰. En cambio era más concreto en lo relativo al fuero militar, ciñendo su jurisdicción penal a los delitos específicos militares, al servicio de armas y al mantenimiento de la disciplina, además de suprimir los tribunales de honor.

Respecto al estatuto personal, en la amplia declaración de derechos y deberes del Título III, apenas se encuentran menciones dirigidas a los militares. Mantenía explícitamente las restricciones anteriores acerca del ejercicio del derecho de petición y en otros casos, como el derecho de reunión, asociación o las incompatibilidades, derivaba las que hubiere a su ley de desarrollo. En cambio en el Título V relativo a la presidencia de la República, se exageraba la limitación del sufragio pasivo de los militares.

Y sin embargo, el desarrollo anticipado de las previsiones constitucionales por la vía de decretos presidenciales y órdenes ministeriales, dio un vuelco rápido y espectacular al estatuto personal del militar, que ya era visto como soldado-ciudadano y no como algo ajeno al cuerpo de la sociedad civil. La revisión de la obra legislativa de la Dictadura de Primo de Rivera y la aplicación práctica de la exigencia constitucional de los criterios de mérito y capacidad para acceder a los cargos públicos, afectaban directamente a la promoción profesional (ascensos, escalas) e implicaba la democratización del cuerpo de oficiales (reforma de la enseñanza militar). La preponderancia de la jurisdicción ordinaria y la correlativa restricción de la militar, la supresión de los tribunales de honor y la inmediata derogación de la Ley de Jurisdicciones (1906), alejaban al militar de su estatuto jurídico diferenciado, acercándolo al del ciudadano común.

Sin juzgar su necesidad, oportunidad o acierto, cabe afirmar que la reforma del Ejército se hizo a costa del respeto hacia algunos derechos de los militares, con escaso debate parlamentario y con un diseño y ejecución que siguió el criterio unipersonal de Azaña, soslayando cuando menos el derecho constitucional a la libre elección de profesión (Artículo 34), puesto que esa libertad era conculcada en la práctica por la exigencia de decidir sin información y en plazo perentorio sobre la permanencia o el abandono³⁰¹. Por otra parte las restricciones que los militares soportaban acerca del ejercicio del derecho de petición, la carencia de

³⁰⁰ Véase la Ley de Orden Público de 28 de julio 1933 (Gaceta de Madrid nº.211 de 30 julio).

³⁰¹ Véase Decreto de 25 abril 1931.

desarrollo legal de los de reunión, manifestación, asociación y sindicación y el silencio constitucional sobre la posibilidad de constituir asociaciones profesionales (que sí aceptaba para los funcionarios civiles), supusieron la indefensión práctica del español militar frente al aparato del Estado. Y desde luego, falló la metodología de puesta en práctica, porque en temas tan sensibles y de fácil manipulación interesada, era imperativo medir las formas y los plazos.

7) Para terminar, acotando el campo de estudio entre las Constituciones de 1812 y de 1931 como inicio y fin de las históricas españolas, aún se pueden formular unas consideraciones.

Hay dos planos diferenciados, el tratamiento constitucional de la fuerza militar como institución y el estatuto jurídico-constitucional y personal de sus miembros.

Ambas categorías no ocupan espacios autónomos, sino que están íntimamente ligados al carácter y principios del texto constitucional. Según el texto concreto, se incide más en la regulación de un aspecto u otro y esta variación está relacionada con las vicisitudes de gestación del texto y sus circunstancias políticas, bien buscando el control sobre la fuerza armada o el beneficio de su apoyo.

La visión constitucional de las Fuerzas Armadas tiene bastante que ver con el grado de confianza en la Institución, que se traduce en la distribución de facultades, medios de control y cautelas o en la organización de la fuerza militar (si solo ejército permanente o compartido con milicias).

Es significativa la escasa referencia en los textos constitucionales a excepciones en la configuración de derechos de los militares. Esto está supeditado a la concepción del militar, si solo como soldado o como soldado-ciudadano, lo que desde luego va ligado a la visión de su papel en el sistema político y consecuentemente a la fortaleza de este.

La existencia o amplitud del fuero (jurisdicción) militar es consecuencia de lo anterior, porque cuanto más alejado esté el concepto del militar respecto al del ciudadano común, más amplio y pormenorizado será el fuero; por el contrario, si se identifica con este, el fuero comprenderá lo mínimo necesario para mantener la disciplina y el orden interno.

Es llamativo observar como la sensibilidad, la intercomunicación o la constatación de ciertos problemas internos de la Institución, derivaron en clara y determinante injerencia política (caso de las Juntas de Defensa).

¿Acaso existe un uso instrumental del estatuto personal del militar como medio de controlar la fuerza armada?. En la CE1812 se regulaban algunos aspectos en el texto y se hacía una remisión a las Ordenanzas. En cambio, en la CE1931 prácticamente no se tocaba la cuestión en el texto y sin embargo sí que se afectó al estatuto por la vía del decreto, posteriormente sancionada por las Cortes. Con el contrasentido de que se predicaba la consideración del militar como soldado-ciudadano, pero se aplicaban las eficaces y antidemocráticas técnicas de control interno de la Restauración y períodos anteriores, usando como justificación la conveniencia y necesidad urgente de las medidas adoptadas. Arriesgado criterio este, porque la apreciación de la urgencia siempre tendría un importante componente subjetivo.

En resumen, en nuestros textos constitucionales históricos se hacen pocas distinciones (discriminación negativa) sobre los derechos de los militares y las Leyes constitutivas o “constituciones militares”, que no tratan los derechos, son textos orientados a la estructura y organización de la Fuerza, por lo que desde el punto de vista estrictamente constitucional, el estatuto personal del militar no estaba tan alejado del común, aunque la realidad de los hechos indicara otra cosa.

Capítulo Tercero

EL MARCO GENERAL DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL ÁMBITO COMPARADO Y EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

En este tercer capítulo, se revisará la posición constitucional de las fuerzas armadas en los textos fundamentales de los países de nuestro entorno sociopolítico occidental, observando los elementos que configuran sus diferentes modelos constitucionales de fuerzas armadas, particularmente en aquellos aspectos que puedan resultar más relevantes en cuanto a su influencia en el estatuto personal de sus miembros.

Para ello se aplicará un esquema sencillo, tratando de identificar la naturaleza de las fuerzas armadas, cuál es su composición, quienes pertenecen a ellas y cuales son sus misiones. Se indagará en el marco competencial del sistema de poderes diseñado constitucionalmente, es decir, en el ámbito de decisiones que corresponden al ejecutivo (mando, poder de disposición), al legislativo (legislación de desarrollo) o al judicial (justicia militar, régimen disciplinario). Por último, se observará qué repercusiones personales comporta la pertenencia a las fuerzas armadas, en cuanto a las posibles limitaciones que los textos constitucionales señalen a los militares para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

3.1. REGÍMENES POLÍTICOS Y FUERZAS ARMADAS.

Los modelos políticos ¿influyen en la configuración constitucional de las Fuerzas Armadas y en el estatuto de sus miembros?. En principio la respuesta parece afirmativa, pero para perfilarla en alguna medida convendrá hacer algunas consideraciones sobre el asunto.

Las formas de Estado pueden clasificarse atendiendo a diversos criterios, pero a los efectos de este trabajo bastará con hacer unas precisiones sobre los Estados democráticos, cuyos principios básicos son la libertad y la igualdad de

sus ciudadanos. Entre sus notas específicas se cuenta la pluralidad de órganos constitucionales (división de poderes) y la tutela jurisdiccional de los derechos subjetivos y las libertades públicas. No obstante, en función de como se interprete y se aplique el principio de división de poderes, existirán subtipos de los regímenes democrático-liberales, como el presidencialista y el parlamentario.

El régimen **presidencialista** hace una interpretación rígida del principio de división de poderes, con una marcada separación del ejecutivo y el legislativo. El paradigma de esta modalidad es el diseñado por la Constitución de los Estados Unidos de América. El Presidente es Jefe del Estado y del Gobierno, es elegido por sufragio universal directo y ejerce efectivamente los poderes inherentes al ejecutivo. Así, nombra a sus ministros o secretarios, que no constituyen un órgano colegiado con capacidad de decidir, sino que administran sectores como colaboradores del Presidente del que son consejeros, pero las decisiones son unipersonales de este. Mantiene una relación de independencia con el legislativo, aunque puede participar en la función legislativa mediante ciertos instrumentos, como el veto suspensivo y, recíprocamente, el legislativo puede incidir en la función ejecutiva en determinados supuestos, como la firma de tratados o el nombramiento para ciertos cargos. No obstante esta independencia teórica entre poderes, en la práctica el Presidente puede llegar a ostentar una posición destacada.

Estas distorsiones en la aplicación práctica del sistema tienden a acentuarse cuando es importado para su aplicación en países de menor o inexistente tradición presidencialista, siendo una de sus tendencias claras la de hipertrofiar los poderes presidenciales, con la correlativa merma de los que corresponderían al parlamento, dando lugar a un régimen pseudopresidencial o neopresidencialista, frecuente en países de la América central y del sur. Otra variante es el régimen semipresidencial (Francia), que conjuga características del presidencial y del parlamentario, ya que la separación no es tan rígida porque el presidente puede disolver al parlamento y este derribar al gobierno que, además, es un organismo colegiado.

En el régimen presidencialista, el Presidente ostentará generalmente el poder de disposición sobre las Fuerzas Armadas de las que será su Jefe nato y

efectivo, con pocas interferencias del legislativo. El estatuto personal del militar tiende a distinguirse o mantener cierta distancia respecto al del ciudadano común.

El régimen **parlamentario** se basa en la supremacía política del Parlamento, representante de la soberanía y ante el que el Gobierno tiene una responsabilidad política, implica una interpretación flexible de la separación de poderes, que colaboran e interaccionan mutuamente. Además, es compatible con monarquía o república y entre sus características figura el dualismo del ejecutivo, un Jefe del Estado (Rey o Presidente) normalmente con funciones representativas u honoríficas y políticamente irresponsable, y un Presidente del Gobierno que es quien detenta el poder de decisión. Aunque es nombrado por el Jefe del Estado, la posibilidad de elegir suele estar mediatizada por la necesidad de contar con la confianza parlamentaria. El Presidente del Gobierno nombra a sus ministros que sí constituyen órgano colegiado para adoptar las decisiones políticas y administrativas. El Gobierno necesita la confianza parlamentaria no solo para iniciar su andadura sino para mantenerse y para cuya constatación existen instrumentos como la cuestión de confianza o la moción de censura. Gobierno y parlamento tienen mecanismos para disolverse o derribarse mutuamente y la decisión final estará en manos del electorado. No obstante, este esquema teórico y generalista ha sufrido las naturales adaptaciones al ponerlo en práctica.

En el régimen parlamentario, el Jefe del Estado ostentará generalmente el mando honorífico de las Fuerzas Armadas de las que será su Jefe nato, pero el poder de disposición, el mando efectivo, lo ejerce el Jefe del Gobierno si bien necesita contar con el legislativo para ponerlo en práctica. El estatuto personal del militar tiende a aproximarse al del ciudadano común.

3.2. LAS FUERZAS ARMADAS EN LAS CONSTITUCIONES DE IBEROAMÉRICA.

Para una mejor comprensión del modelo constitucional español de Fuerzas Armadas y del estatuto de sus miembros, conviene exponer, siquiera de manera concisa, una panorámica de esta cuestión en los textos constitucionales de

aquellos países cuyas decisiones en este campo puedan ser ilustrativas, por su afinidad histórica, cultural, social o política.

En Iberoamérica, durante la década de los años ochenta del pasado siglo, los regímenes autoritarios comenzaron a ser sustituidos por sistemas políticos democráticos y en este constitucionalismo renacido, los textos fundamentales se reforman y actualizan, se recuperan o se redactan nuevos, con la clara finalidad de consolidar el Estado de Derecho.

Es difícil encontrar rasgos generales en un proceso tan variado, pero sí es cierto que la sistemática general más común empleada para acometer las transformaciones no es desconocida en España, ya que los cambios se suelen hacer apoyándose en la legalidad anterior y respetando la voluntad popular, y ambas líneas de actuación están sostenidas por la actitud conciliadora de las fuerzas políticas implicadas en el proceso.

El modelo político común iberoamericano es el presidencialista, con un presidente de la república electo, que además de encarnar la más alta representación de la nación, detenta el poder ejecutivo con facultades de intervención en el proceso legislativo. El poder legislativo lo constituye un parlamento igualmente electivo, mono o bicameral.

Con frecuencia, las fuerzas armadas han sido un elemento protagonista en el proceso de sustitución citado y cabría esperar que esta circunstancia se refleje en el tratamiento que reciben en los textos fundamentales.

Del estudio de los textos constitucionales de la mayoría de los países iberoamericanos, se ha pretendido extraer aquellas líneas comunes (o diferencias) que puedan resultar útiles para conformar la visión de las fuerzas armadas en ese ámbito tan próximo a España. Para ello se han revisado las Constituciones actualmente vigentes y actualizadas de Argentina (1994), Bolivia (1995), Brasil (1988), Colombia (1991), Costa Rica (1949), Cuba (1976), Chile (1980), Ecuador (1998), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), México (1917), Nicaragua (1987), Panamá (1972), Paraguay (1992), Perú (1993), Puerto Rico (1952), República Dominicana (2002), Uruguay (1967) y Venezuela (1999)³⁰².

³⁰² Los textos actualizados de las constituciones se han extraído de la página www.congreso.es, ("Portal de la Constitución") y www.cervantesvirtual.com. También se ha utilizado LÓPEZ

Se han agrupado los hallazgos en tres áreas, una comprensiva del carácter, configuración y misión que se atribuye a las fuerzas armadas; otra que refleje las competencias o relaciones entre estas y los poderes ejecutivo, legislativo y judicial; para acabar con la consideración del estatuto personal de sus miembros, sus limitaciones en el reconocimiento y modulaciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales, así como el reconocimiento expreso o implícito del fuero militar.

3.2.1. CARÁCTER, CONFIGURACIÓN Y MISIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS IBEROAMERICANAS.

Para descubrir el **carácter**, la consideración y la visión institucional o administrativa de las fuerzas armadas en las constituciones iberoamericanas, resulta esclarecedor observar la consideración que reciben en esos textos, tanto en sus aspectos formales como de contenido.

La Constitución de Brasil dedica a sus Fuerzas Armadas un capítulo específico en el que las define como instituciones permanentes y regulares, organizadas sobre la base de la jerarquía y la disciplina³⁰³. También en capítulo aparte y en igual o parecido sentido se expresan las Constituciones de El Salvador³⁰⁴, Guatemala³⁰⁵, Honduras³⁰⁶, Bolivia³⁰⁷, Chile³⁰⁸, Nicaragua³⁰⁹, Perú³¹⁰, República Dominicana³¹¹ y Venezuela³¹².

GUERRA, Luís y AGUIAR DE LUQUE, Luís: *Las Constituciones de Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

³⁰³ Título II. Capítulo II. Las Fuerzas Armadas. (Artículos 142-143). Véase el Artículo 142.

³⁰⁴ Capítulo III. Fuerza Armada. La Fuerza Armada, definida como "Institución permanente al Servicio de la Nación".

³⁰⁵ Capítulo V. Ejército. (Artículos 244-250). Define al Ejército como Institución, señalando que es único e indivisible, siendo su organización jerárquica y basada en los principios de disciplina y obediencia.

³⁰⁶ Capítulo X. De la defensa nacional y de la seguridad pública. (Artículos 272-293). Se definen sus Fuerzas Armadas como "una Institución Nacional". Es un Capítulo específico y extenso en el que se tratan también cuestiones de organización, de carrera, incluso sociales (por ejemplo, el Instituto de Previsión Militar).

³⁰⁷ Título Séptimo. Régimen de las Fuerzas Armadas (Artículos 207-214). Definidas como "organismo institucional" en su Artículo 209.

³⁰⁸ Capítulo X. Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública. (Artículos 90-94).

³⁰⁹ Título V. Defensa nacional. Capítulo único. (Artículos 92-97). Su Ejército es "una institución nacional" (Artículo 93).

³¹⁰ Capítulo XII. De la Seguridad y de la Defensa Nacional. (Artículos 163-175).

³¹¹ Título XI. De las Fuerzas Armadas. (Artículos 93-94).

En otros textos fundamentales, bajo la denominación de “fuerza pública”, se encuadran a las fuerzas armadas y las fuerzas policiales. Así, la Constitución de Colombia, dedica un Capítulo específico a la fuerza pública, integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional³¹³. Y en la misma línea, Ecuador³¹⁴ y Paraguay³¹⁵.

En cambio, la Constitución de la República de Panamá, pese a dedicar un Título a la defensa nacional y la seguridad pública, señala que la República “...no tendrá ejército. Todos los panameños están obligados a tomar las armas para defender la independencia nacional y la integridad territorial del Estado”³¹⁶. En sentido parecido pero más radical, la Constitución de Costa Rica, “proscribe el Ejército como institución permanente”³¹⁷.

Este tratamiento diferenciado se corresponde con la **consideración** explícitamente institucional de las Fuerzas Armadas en una parte importante de estos textos y la precisión del carácter profesional de sus miembros.

Así, en la Constitución de Honduras, la Fuerzas Armadas son una institución de carácter permanente, esencialmente profesional. En Bolivia, son un organismo institucional cuya organización descansa en su jerarquía y organización. En El Salvador, la Fuerza Armada es “profesional”. En Nicaragua, tendrán carácter profesional y se regirán en estricto apego a la Constitución Política a la que guardarán respeto y obediencia. En Paraguay, la fuerza estará organizada con carácter permanente, será profesional, subordinada a los poderes del Estado y sujeta a las disposiciones de la Constitución y de las Leyes. En Venezuela será “esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico”, siendo sus pilares fundamentales la disciplina, la obediencia y la subordinación³¹⁸.

³¹² Título VII. De la seguridad de la Nación. Capítulo III. De la Fuerza Armada Nacional. (Artículos 328-332). “La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional...” (Artículo 328).

³¹³ Título VII. De la rama ejecutiva. Capítulo VII. De la fuerza pública. (Artículos 216-223)

³¹⁴ Título VII. De la Función Ejecutiva. Capítulo 5. De la fuerza pública. (Artículos 183-190). Integrada por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

³¹⁵ Capítulo V. De la Fuerza Pública. (Artículos 172-175). La Fuerza Pública, la forman exclusivamente las fuerzas militares y policiales.

³¹⁶ Título XII. Defensa nacional y seguridad pública (Artículos 305-307). Véase Artículo 305.

³¹⁷ Artículo 12. Constitución de Costa Rica.

³¹⁸ Artículo 328. Constitución de Venezuela.

La profesionalidad está subrayada en algunos textos, como por ejemplo en Colombia, donde los miembros de la fuerza pública no pueden ser privados de grados, honores y pensiones, sino según determine la Ley. También en Ecuador se les garantiza la estabilidad profesional³¹⁹.

Podemos concluir que predomina la explícita consideración de las Fuerzas Armadas como institución, con marcado carácter profesional y subordinada al ordenamiento jurídico, y las constituciones les reservan un espacio acorde a su relevancia.

En cuanto a su **configuración**, hay un grupo de textos que considera las Fuerzas Armadas formadas exclusivamente por los tres ejércitos (tierra, mar y aire), como es el caso de Brasil, Colombia, Bolivia, México y Perú. Pero en otros, junto a los ejércitos se integran diversas fuerzas policiales, como en Ecuador cuya fuerza pública, está compuesta por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; o en Paraguay, donde las forman exclusivamente las fuerzas militares y policiales.

Esa integración de fuerzas policiales puede serlo para misiones específicas, como en Chile, donde a las Fuerzas Armadas, si bien compuestas solo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, se le suman los Carabineros en la misión de garantizar el orden institucional de la República³²⁰. También en Ecuador, donde la Policía Nacional es la fuerza auxiliar de las Fuerzas Armadas para la defensa de la soberanía nacional.

En Honduras, ni siquiera hay una composición cerrada, ya que sus Fuerzas Armadas están constituidas por “el Alto Mando, Ejército, Fuerza Aérea, Fuerza Naval, Fuerza de Seguridad Pública y los organismos que determine su Ley Constitutiva”³²¹.

El caso de Venezuela es más complejo, porque la Fuerza Armada Nacional la integran el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral y tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación. Pero además existe la previsión constitucional de que la Fuerza Armada Nacional pueda asumir competencias policiales, ya que “podrá

³¹⁹ Artículo 187. Constitución de Ecuador.

³²⁰ Artículo 90. Constitución de Chile.

³²¹ Artículo 273. Constitución de Honduras.

ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley”³²².

Aparte de lo relativo a los militares profesionales, no abundan las precisiones en cuanto a la **manera de nutrir las filas** de las fuerzas armadas, si bien algunos textos entran en detalles, como por ejemplo en Brasil, donde el servicio militar es obligatorio, en los términos de la ley, pero las mujeres y eclesiásticos están exentos en tiempo de paz y las propias Fuerzas Armadas tienen la competencia legal de asignar servicio alternativo a quienes aleguen imperativos de conciencia para eximirse de las actividades de carácter esencialmente militar. En Paraguay, también es obligatorio el servicio militar, pero con un máximo de doce meses en tiempo de paz y se contempla el servicio de la mujer en caso de necesidad por conflicto armado internacional, así como la objeción de conciencia.

En Honduras, cuyo servicio militar es voluntario en tiempo de paz, existe una escrupulosa distinción hacia quienes sirven en la administración de justicia, ya que no se puede obligar a prestar servicio militar a los magistrados, jueces, agentes del Ministerio Público y oficiales de justicia, ni tan siquiera hacerles concurrir a ejercicios o prácticas militares³²³.

En Nicaragua, no hay servicio militar obligatorio y se prohíbe toda forma de reclutamiento forzoso.

El caso de México, es más complejo en cuanto a los deberes militares, ya que son obligaciones de los mexicanos, convocados por el Ayuntamiento, recibir instrucción militar que los mantenga diestros en el manejo de las armas y conocedores de la disciplina militar, así como alistarse y servir en la Guardia Nacional. Son prerrogativas del ciudadano, tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República, según prescriban las leyes.³²⁴.

La **misión** constitucionalmente asignada a las Fuerzas Armadas, gira en torno a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad territorial, el ordenamiento jurídico y el orden.

En Brasil, las fuerzas armadas existen para “la defensa de la Patria y la garantía de los poderes constitucionales y, por iniciativa de cualquiera de estos,

³²² Artículo 329. Constitución de Venezuela.

³²³ Artículo 312. Constitución de Honduras.

de la ley y el orden”³²⁵. En Colombia su misión es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional³²⁶. En Ecuador las misiones de la fuerza pública, así como su organización, preparación y empleo serán reguladas por la ley, aunque específica como misión fundamental de las Fuerzas Armadas, “la conservación de la soberanía nacional, la defensa de la integridad e independencia del Estado y la garantía de su ordenamiento jurídico”³²⁷. En El Salvador, la misión de la Fuerza Armada es la defensa de la soberanía del Estado y de la integridad del territorio. En Guatemala, la misión del Ejército es “mantener la independencia, la soberanía y el honor de Guatemala, la integridad del territorio, la paz y la seguridad interior y exterior”. En Honduras, sus Fuerzas Armadas se constituyen para “defender la integridad territorial y la soberanía de la República, mantener la paz, el orden público y el imperio de la Constitución, los principios de libre sufragio y la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República”³²⁸. En Bolivia, las Fuerzas Armadas tienen por misión fundamental “defender y conservar la independencia nacional, la seguridad y estabilidad de la República y el honor y soberanía nacionales”, además de “asegurar el imperio de la Constitución Política, garantizar la estabilidad del Gobierno legalmente constituido y cooperar en el desarrollo integral del país”³²⁹. En Chile, las Fuerzas Armadas “existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República”. En Paraguay, su misión es la de “custodiar la integridad territorial y la de defender a las autoridades legítimamente constituidas, conformes con esta constitución y las Leyes”³³⁰. En la República Dominicana, el objeto de la creación de las Fuerzas Armadas “es defender la independencia e integridad de la República, mantener el orden público y sostener la Constitución y las leyes”³³¹.

En Perú, las Fuerzas Armadas tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República y, en el

³²⁴ Artículos 31,35, 36. Constitución de México.

³²⁵ Artículo 142. Constitución de Brasil.

³²⁶ “Finalidad primordial” dice el Artículo 217.

³²⁷ Artículo 183. Constitución de Ecuador.

³²⁸ Artículo 272. Constitución de Honduras.

³²⁹ Artículo 208. Constitución de Bolivia.

³³⁰ Artículo 173. Constitución de Paraguay.

³³¹ Artículo 93. Constitución de la República Dominicana.

estado de emergencia, asumen el control del orden público si lo dispone el Presidente de la República³³².

3.2. 2. LAS FUERZAS ARMADAS Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PODERES.

3.2.2. a. **Competencias del poder ejecutivo.**

Puede afirmarse que existe unanimidad en los textos constitucionales al atribuir el **mando** de las fuerzas armadas al Presidente de la República.

En bastantes casos se entiende este mando supremo como directo, pero en otros se contemplan precisiones en cuanto a la forma de ejercerlo o la articulación de órganos interpuestos.

Aunque el Presidente sea la máxima autoridad de la fuerza pública, lo normal será que se apoye en algún órgano colegiado. Así, en Perú, lo ejercerá como presidente del Sistema de Defensa Nacional y en Ecuador, es la máxima autoridad de la fuerza pública, pero se asigna la responsabilidad de la defensa nacional al Consejo de Seguridad Nacional, cuya organización y funciones se regularán en la ley³³³.

En Bolivia, se hace una distinción de funciones. Como Capitán General, el Presidente preside el Consejo Supremo de Defensa Nacional, cuya composición y atribuciones determinará la ley. Impartirá sus órdenes por medio del Ministro de Defensa en lo administrativo y del Comandante en Jefe en lo técnico; pero en caso de guerra, las operaciones las dirigirá el Comandante en Jefe³³⁴.

En Chile, habrá un Consejo de Seguridad Nacional presidido por el Presidente e integrado por los presidentes del Senado, la Corte Suprema, el Contralor General, los tres comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros, con funciones generales de asesoramiento e información al Presidente en materias de seguridad nacional³³⁵. El Presidente designará a los tres Comandantes en Jefe, entre los cinco generales mas antiguos que reúnan los requisitos, a los que también podrá retirar, en su caso,

³³² Artículos 165, 137. Constitución de Perú.

³³³ Artículo 189. Constitución de Ecuador.

³³⁴ Artículos 97, 210 y 212. Constitución de Bolivia.

³³⁵ Artículos 95 y 96. Constitución de Chile.

con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional. Pero solo asume la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas cuando se haya declarado la guerra³³⁶.

En Guatemala, ejercerá el mando a través del Ministro de la Defensa Nacional³³⁷. Entre sus funciones presidenciales están las de proveer a la defensa y seguridad de la Nación y ejercer el mando de las Fuerzas Armadas con todas las funciones y atribuciones respectivas³³⁸. En Nicaragua, el Ejército “estará sometido a la autoridad civil”, ejercida por el Presidente de la República “en su carácter de Jefe Supremo del Ejército de Nicaragua, o a través del ministerio correspondiente”³³⁹.

No obstante, en algún caso, el ejercicio del mando puede llegar a ser tan directo y discrecional como para aplicarlo en campaña, como en Colombia, donde el Presidente podrá dirigir las operaciones de guerra “cuando lo estime conveniente”.

En cuanto al **contenido** de este mando, es decir, las atribuciones constitucionales que conlleva, en general equivale a dotar al Presidente de un amplio poder de disposición sobre las Fuerzas Armadas, que incluye la concesión de ascensos (con limitaciones), así como la potestad de declarar la guerra (sujeta a cautelas).

En ejercicio de su poder de disposición sobre las Fuerzas Armadas, en Argentina, el Presidente dispone de ellas y las organiza y distribuye según las necesidades de la Nación³⁴⁰. En Colombia, corresponde al Presidente disponer de ellas como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, proveer a la seguridad exterior, defender la independencia y honra de la Nación así como la inviolabilidad de su territorio. En El Salvador, es atribución del Presidente de la República disponer de la Fuerza Armada, dirigir la guerra y hacer la paz y fijar anualmente un número razonable de efectivos³⁴¹. En Chile, es atribución del Presidente de la República disponer de las Fuerzas Armadas para organizarlas y distribuirlas conforme a las necesidades de la seguridad nacional. En México, el

³³⁶ Artículo 32. Constitución de Chile.

³³⁷ Cargo que entendemos será desempeñado por un militar ya que el Artículo 246 especifica que “impartirá sus órdenes por conducto del oficial general o coronel o su equivalente en la Marina de Guerra, que desempeñe el cargo de Ministro de la Defensa nacional”.

³³⁸ Artículos 182-183. Constitución de Guatemala.

³³⁹ Artículo 95. Constitución de Nicaragua.

³⁴⁰ Artículo 99. Constitución de Argentina.

³⁴¹ Artículo 168. Constitución de El Salvador.

Presidente dispone de la totalidad de la fuerza armada permanente, para la seguridad interior y la defensa exterior de la Federación. En Perú, le corresponde organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas. En la República Dominicana, al Presidente le corresponde disponer de cuanto les concierna, mandarlas por sí mismo o por otra persona, fijar su número y disponer de las Fuerzas Armadas para fines del servicio público.

En algunas Constituciones, resulta significativa la atribución al Presidente de la potestad de declarar la guerra, si bien generalmente sujeta a autorización parlamentaria.

En Argentina, para declarar la guerra y ordenar represalias necesita la autorización y aprobación del Congreso. En Colombia, puede declarar la guerra sin permiso del Senado, para repeler una agresión extranjera. En Chile, declara la guerra, previa autorización por ley. En Perú, declara la guerra y firma la paz, con autorización del Congreso³⁴². En México, declara la guerra, previa ley del Congreso³⁴³.

Hay **otras atribuciones presidenciales** significativas, de las que conviene reseñar algunas. Por un lado, el Presidente interviene en aspectos relevantes de la carrera profesional del militar, como son los nombramientos y ceses, los ascensos y honores; por otro, interviene en la regulación de esta carrera por vía legal o reglamentaria.

De acuerdo con el Senado, en Argentina provee los empleos militares para los oficiales superiores y puede concederlos en el campo de batalla, por sí solo. Esta última posibilidad parece propia de un concepto anticuado de la naturaleza directa del mando, al permitirle reforzar las conductas ejemplares otorgando recompensas en el acto. En sentido parecido, en Bolivia, entre las atribuciones del Presidente de la República están las de designar al Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas y los de los tres Ejércitos, así como proponer al Senado los ascensos a general pudiendo, durante el estado de guerra internacional, conferir estos grados en el campo de batalla³⁴⁴. En Guatemala, además de las atribuciones que señale la ley, figuran las de otorgar los ascensos, conferir

³⁴² Artículos 167,118. Constitución de Perú.

³⁴³ Artículo 89. Constitución de México.

³⁴⁴ Artículo 96. Constitución de Bolivia.

condecoraciones y honores, así como la potestad de conceder pensiones extraordinarias³⁴⁵.

En Colombia, el Presidente confiere grados a los miembros de la Fuerza Pública y somete al Senado los que corresponda, según el Artículo 173. En Ecuador, corresponde al Presidente de la República nombrar a los altos mandos, ascender a los oficiales generales y aprobar los reglamentos orgánicos de la fuerza pública³⁴⁶. En El Salvador, son atribuciones del Presidente “organizar, conducir y mantener la Fuerza Armada, conferir los grados militares y ordenar el destino, cargo, o la baja de los Oficiales de la misma, de conformidad con la ley”³⁴⁷. En Honduras, confiere los grados militares desde subteniente a capitán. En Chile, el Presidente de la República puede designar y remover a los comandantes en jefe de los tres ejércitos, así como nombrar, ascender o retirar a los oficiales, conforme a su Ley Orgánica Constitutiva. En México, el Presidente nombra a los coroneles y demás oficiales superiores de los tres ejércitos, con aprobación del Senado, y a los demás oficiales, con arreglo a las leyes. En Panamá, entre las atribuciones del Presidente de la República, que ejerce con la participación del Ministro respectivo, figura la de conferir grados militares conforme a las disposiciones legales. En Uruguay, corresponde al Presidente de la República dar retiros y arreglar las pensiones, conforme a las leyes; proveer los empleos militares, conforme a la Constitución y a las leyes; conceder los ascensos, necesitando la venia de la Cámara de Senadores para los de coronel y superiores; destituir por sí mismo a los empleados militares que la ley declare amovibles³⁴⁸. En Venezuela, es atribución presidencial promover sus oficiales a partir del grado de coronel y nombrarlos para los cargos que les son privativos³⁴⁹.

En Perú, el Ejecutivo fija anualmente el número de efectivos de las Fuerzas Armadas, cuyos recursos se aprueban en la Ley de Presupuestos.

En la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, el Poder Ejecutivo lo ejercerá un Gobernador, que será comandante en jefe de la milicia, pudiendo llamar y convocar el *posse comitatus* y proclamar la ley marcial cuando lo requiera la seguridad pública.

³⁴⁵ Artículo 246. Constitución de Guatemala.

³⁴⁶ Artículo 171. Constitución de Ecuador.

³⁴⁷ Artículo 168. Constitución de El Salvador.

³⁴⁸ Artículo 168. Constitución de Uruguay.

3.2.2. b. Competencias del poder legislativo.

Una de las atribuciones exclusivas del poder legislativo sobre la que existe mayor coincidencia es la de autorizar la **entrada de tropas** extranjeras y salida de las propias de territorio nacional. En algunos casos exigiendo mayoría cualificada (en Guatemala, dos terceras partes del total de diputados)³⁵⁰.

También es bastante común la competencia del poder legislativo para **declarar la guerra** y concertar la paz, bien por sí o autorizando al ejecutivo para ello. Aunque también existe esta competencia compartida, como en Panamá, donde entre las funciones de la Asamblea Legislativa figura el declarar la guerra y facultar al Órgano Ejecutivo para concertar la paz.³⁵¹

Pero donde es más significativo el control del legislativo sobre los aspectos relacionados con la defensa nacional es en la potestad de dictar la **legislación de desarrollo**, comprensiva de los aspectos de organización y gobierno, incluido el régimen de personal.

En este aspecto hay contenidos comunes y otros peculiares. En Argentina, esas normas serán las necesarias para su organización y gobierno. En Brasil una ley complementaria establecerá las normas generales para la organización, preparación y empleo de las Fuerzas Armadas y también por ley se regulará el ingreso, la edad, las situaciones, los derechos, deberes, remuneración, prerrogativas y otras situaciones especiales de los militares, considerando las peculiaridades de sus actividades, inclusive las cumplidas por razón de compromisos internacionales y de guerra. En Colombia, se regulará por ley el régimen de personal, es decir, el sistema de reemplazos, ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros, así como su régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que les es propio y también por ley se determinarán los sistemas de promoción profesional, cultural y social³⁵². En Guatemala, el régimen

³⁴⁹ Artículo 236. Constitución de Venezuela.

³⁵⁰ Véanse las Constituciones de Argentina, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Bolivia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

³⁵¹ En el primer caso está recogido en las Constituciones de Guatemala (con mayoría calificada de 2/3), Honduras y México. En el segundo, las de Argentina y Costa Rica.

³⁵² Este mismo Artículo 222 (Constitución de Colombia), establece que "En las etapas de su formación, se les impartirá la enseñanza de los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos".

legal del Ejército vendrá contenido en la Constitución, su Ley Constitutiva y demás leyes y reglamentos militares³⁵³. En Honduras, las Fuerzas Armadas están sujetas a las disposiciones de su Ley Constitutiva y a las demás leyes y reglamentos que regulen su funcionamiento. En Nicaragua, se regirá por ley lo relativo a organización, estructuras, actividades, escalafón, ascensos, jubilaciones y todo lo relativo al desarrollo operacional de estos organismos³⁵⁴. En Paraguay, su organización y efectivos serán determinados por la Ley. En Perú, “las leyes y reglamentos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas”³⁵⁵.

En algunas Constituciones incluso se atribuye explícitamente al legislativo la competencia para **fijar los efectivos** de las Fuerzas Armadas³⁵⁶.

También es frecuente, como medida de control directo, la intervención del legislativo en los **ascensos** a los empleos militares jerárquicamente más altos, normalmente en forma de autorización preceptiva. En Honduras, corresponde al Congreso Nacional conferir los grados desde Mayor a General de División, a propuesta del Ejecutivo. En México, el Senado tiene entre sus facultades exclusivas las de ratificar los nombramientos que el Presidente haga de los coroneles y demás jefes superiores del Ejército. En Paraguay, entre las atribuciones exclusivas de la Cámara de Senadores, figura la de prestar acuerdo para los ascensos desde coronel en adelante.

3.2.2. c. **Competencias del poder judicial.**

Al menos en la mitad de los textos constitucionales revisados, se contempla la existencia de la **jurisdicción militar** y de tribunales militares³⁵⁷.

³⁵³ Artículo 250. Constitución de Guatemala.

³⁵⁴ Artículo 94. Constitución de Nicaragua.

³⁵⁵ Artículo 168. Constitución de Perú.

³⁵⁶ Así, en Argentina en tiempo de paz y guerra; en Bolivia, en cada legislatura, la fuerza militar que ha de mantenerse en tiempo de paz, aunque declarado el estado de sitio, el Ejecutivo podrá aumentar los efectivos y llamar al servicio las reservas que estime necesarias; en Honduras, fijar el número de miembros permanentes de las Fuerzas Armadas; en Uruguay, designar todos los años la fuerza armada necesaria, así como hacer los reglamentos de milicias y determinar el tiempo y número en que deben reunirse.

³⁵⁷ Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

En algunos se menciona explícitamente el fuero, como en Ecuador, donde los miembros de la fuerza pública estarán sujetos a fuero especial. En El Salvador, se denomina fuero militar. En Honduras, fuero de guerra. En Perú, los militares están sujetos a su fuero respectivo y al Código de Justicia Militar.

La Constitución de Uruguay, contempla que la ley establezca el Estatuto del Funcionario, que se aplicará a los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo, “con excepción de los militares, policiales y diplomáticos, que se regirán por leyes especiales”³⁵⁸.

En el caso de Chile, entre las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados figura la de declarar si hay o no lugar a las acusaciones que en su seno (por no menos de diez, ni mas de veinte diputados) se formulen contra los generales o almirantes, por haberse comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación³⁵⁹. También en Chile, el derecho a la defensa jurídica de las personas sin interferencias de autoridad alguna, en el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas se regirá por sus estatutos, en lo relativo a administración y disciplina³⁶⁰.

En el caso de Venezuela, se advierte el carácter de la jurisdicción militar como especializada³⁶¹.

Para determinar la **competencia** de los tribunales militares, se utiliza un doble criterio, personal (militares en servicio activo) y material (delitos o faltas relacionadas con el servicio), al que se acompañan cautelas para evitar que los civiles sean juzgados por tribunales militares.

En Colombia, existe la jurisdicción militar para los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, relacionados con su servicio, de los que conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo al Código Penal Militar. Los miembros de estas Cortes o Tribunales serán de la Fuerza Pública, en activo o retiro.

³⁵⁸ Artículo 59. Constitución de Uruguay.

³⁵⁹ Artículo 48. Constitución de Chile. Por otra parte, según su Artículo 45, además de los senadores elegidos por votación directa, formarán parte del Senado, entre otros, un ex Comandante en Jefe del Ejército, de la Armada y la Fuerza Aérea.

³⁶⁰ Artículo 19. Constitución de Chile.

³⁶¹ Artículo 261. Constitución de Venezuela, “la jurisdicción militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados por concurso”.

En Ecuador, el fuero especial lo es respecto al ejercicio de sus labores profesionales, pero en caso de infracciones comunes, los militares están sujetos a la justicia ordinaria³⁶².

En El Salvador, existe jurisdicción militar para juzgar los delitos y faltas puramente militares, para lo que habrá procedimientos y tribunales militares especiales, según ley. Este fuero militar afecta a los militares “en servicio activo y por delitos y faltas puramente militares”, entendiéndose por esos delitos “los que afectan de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar”³⁶³.

En Honduras se reconoce el fuero de guerra para los delitos y faltas de orden militar, aunque se limita la extensión de la jurisdicción militar a militares en activo. Incluso si en esos delitos o faltas estuviera implicado un civil o militar de baja, “conocerá del caso la autoridad competente del fuero común”³⁶⁴. Una ley especial regulará el funcionamiento de los tribunales militares.

En Guatemala, los tribunales militares conocerán de los delitos o faltas cometidos por los miembros de su ejército, pero estos tribunales no podrán juzgar a los civiles³⁶⁵.

En Nicaragua, los delitos y faltas militares, cometidos por miembros del Ejército, serán conocidos por los tribunales militares establecidos por ley; si son comunes, conocerán los tribunales comunes, y los civiles nunca podrán ser juzgados por tribunales militares. Los tribunales militares solo conocerán las faltas y delitos militares, sin perjuicio de las instancias y recursos ante la Corte Suprema de Justicia³⁶⁶.

En Perú, “en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas (y de la Policía Nacional) están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar”, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, “salvo en el caso de delitos de traición a la patria de terrorismo que la ley determina”. Pero “quienes infringen las normas del servicio militar obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar”³⁶⁷. No obstante, las

³⁶² Artículo 187. Constitución de Ecuador.

³⁶³ Artículo 216. Constitución de El Salvador, que es reiterativo en este aspecto.

³⁶⁴ Artículo 90-91. Constitución de Honduras.

³⁶⁵ Artículo 219. Constitución de Guatemala.

³⁶⁶ Artículo, 93, 159. Constitución de Nicaragua.

³⁶⁷ Artículos 173, 141. Constitución de Perú.

resoluciones del fuero militar pueden recurrirse en casación ante la Corte Suprema, cuando se imponga la pena de muerte.

En Paraguay, “los tribunales militares solo juzgarán delitos o faltas de carácter militar, calificados como tales por la Ley, y cometidos por militares en servicio activo”. En caso de que el acto esté penado por la ley penal común y la castrense, solo se aplicará esta si es cometido “por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses” y la duda se resolverá a favor de la consideración como delito común. Estos tribunales solo pueden tener jurisdicción sobre civiles y militares retirados, en caso de conflicto armado internacional y conforme a la Ley³⁶⁸.

En Venezuela, la competencia de los tribunales militares se limita a los delitos de naturaleza militar³⁶⁹. Por otra parte, entre las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia figura la de “declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento[...] de los oficiales generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional,[...] y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva”³⁷⁰.

En la Constitución de la República Dominicana, el Presidente de la República, que ejerce el poder ejecutivo, también nombra y revoca a los miembros de los Consejos de Guerra³⁷¹.

En cambio, en Uruguay, “la jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra. Los delitos cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera que sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la Justicia ordinaria”³⁷².

3.2.3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MILITARES EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS.

En algunas constituciones se observan una especie de cláusulas generales de protección penal del Estado de Derecho. Por ejemplo, en la constitución argentina se defiende el principio representativo explícitamente, señalando que si

³⁶⁸ Artículo 174. Constitución de Paraguay.

³⁶⁹ Artículo 261. Constitución de Venezuela.

³⁷⁰ Artículo 266. Constitución de Venezuela.

³⁷¹ Artículo, 49, 50, 55. Constitución de la República Dominicana.

es quebrado por fuerza armada esta cometerá delito de sedición³⁷³. En Bolivia, “toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya la soberanía del pueblo comete delito de sedición”³⁷⁴.

A veces se trata de excepciones gravosas para los militares. Así, en Ecuador, los miembros de la fuerza pública tendrán los mismos derechos y obligaciones que los ecuatorianos, “salvo las excepciones que establecen la Constitución y la ley”³⁷⁵. En Brasil no cabe *habeas corpus* con relación a las faltas disciplinarias militares.

3.2.3. a. Derecho de sufragio.

En Colombia, el militar no podrá ejercer la función del sufragio, mientras esté en activo, “ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos”³⁷⁶. Tampoco podrán ser congresistas quienes hubieren ejercido como autoridad militar dentro de los doce meses anteriores a la elección.

En Costa Rica, los militares en servicio activo no pueden ser elegidos Diputados, ni inscritos candidatos para ello.

En El Salvador, los miembros de las Fuerzas Armadas en activo no podrán optar a cargos de elección popular³⁷⁷. Sus miembros profesionales tampoco pueden ser candidatos a Presidente de la República, si están en activo o lo han estado en los tres años anteriores al comienzo del mandato.

En Guatemala, los miembros del Ejército tienen prohibida la opción al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República, salvo baja o retiro desde cinco años antes de la convocatoria³⁷⁸. Asimismo, los militares en activo tienen prohibido ejercer el derecho de sufragio y no pueden ser diputados.

En Honduras, no pueden ser elegidos diputados los militares en servicio activo. En el caso de los jefes militares con jurisdicción nacional tampoco son

³⁷² Artículo 253. Constitución de Uruguay.

³⁷³ Artículo 22. Constitución de Argentina.

³⁷⁴ Artículo 4. Constitución de Bolivia.

³⁷⁵ Artículo 187. Constitución de Ecuador.

³⁷⁶ Artículo 219. Constitución de Colombia.

³⁷⁷ Artículo 82. Constitución de El Salvador.

³⁷⁸ Artículo 186. Constitución de Guatemala. También recoge la misma prohibición de optar a la Presidencia, referida a quienes se benefician de un golpe de estado, revolución o movimiento que haya alterado el orden constitucional.

elegibles su cónyuge y parientes en cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. En el caso de los jefes de zonas militares o de Unidades, existe la misma limitación para ser candidatos por el departamento donde ejerzan jurisdicción³⁷⁹. Tampoco pueden ser elegidos Presidente de la República los militares en activo o que lo hayan estado en los doce meses anteriores a la elección³⁸⁰. Existen otras cautelas como la prohibición de que algún pariente del Presidente, en los mismos grados, pueda ser Jefe del Estado Mayor Conjunto³⁸¹.

En Bolivia, no pueden ser elegidos representantes nacionales los militares en servicio activo que no renuncien y cesen al menos sesenta días antes de la elección y tampoco pueden ser elegidos Presidente ni Vicepresidente de la República.

En México, para ser diputado se requiere no estar en servicio en el Ejército Federal, desde al menos noventa días antes de la elección³⁸². Y para ser Presidente, lo mismo en los seis meses anteriores³⁸³.

En Nicaragua, los militares no podrán optar a cargos públicos por elección popular, si no renuncian al servicio activo al menos un año antes de las elecciones³⁸⁴.

En Perú, los miembros de las Fuerzas Armadas no pueden elegir ni ser elegidos. En activo no pueden ser elegidos congresistas, si no han dejado el cargo seis meses antes de la elección³⁸⁵.

En Uruguay, los militares no pueden ser candidatos a Representantes en la región en la que tengan mando o ejerzan, salvo cese y renuncia de sus cargos tres meses antes de la elección. Y lo mismo para ser candidatos a Senadores³⁸⁶.

En Venezuela, “los militares en activo tiene derecho al sufragio, de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular”³⁸⁷.

³⁷⁹ Artículo 199. Constitución de Honduras.

³⁸⁰ Artículo 240. Constitución de Honduras.

³⁸¹ Además de una prolija regulación de los nombramientos, ausencias, nombramientos y remociones en este Órgano superior de asesoramiento. Artículos 279 a 283. Constitución de Honduras.

³⁸² Artículo 55. Constitución de México.

³⁸³ Artículo 82. Constitución de México.

³⁸⁴ Artículos 94, 152, 161. Constitución de Nicaragua.

³⁸⁵ Artículos 28, 34, 91, 124. Constitución de Perú.

³⁸⁶ Artículos 92, 100. Constitución de Uruguay.

³⁸⁷ Artículo 330. Constitución de Venezuela.

En la República Dominicana, para ser Presidente se requiere, entre otros, no estar en servicio militar activo, por lo menos durante el año precedente a la elección³⁸⁸.

3.2. 3. b. **Derechos de asociación, sindicación y huelga.**

En Brasil los miembros de las Fuerzas Armadas tienen prohibida la sindicación y la huelga, así como la afiliación a partidos, estando en servicio activo.

En Colombia, se niega el derecho de asociación sindical a los miembros de la Fuerza Pública.

En El Salvador, los miembros de las Fuerzas Armadas en activo no podrán pertenecer a partidos políticos.

En Paraguay, los militares en servicio activo no podrán afiliarse a partido o a movimiento político alguno, ni realizar ningún tipo de actividad política.

En Perú, se reconocen los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, si bien el Estado señalará sus excepciones y limitaciones.

3.2. 3. c. **Libertad de expresión.**

En Colombia, la fuerza pública (Fuerzas Armadas y Policía Nacional) no es deliberante.

En Costa Rica, caso de organizarse fuerzas militares, no podrán deliberar ni hacer manifestaciones o declaraciones en forma individual o colectiva.

En Ecuador, la fuerza pública será “obediente y no deliberante”, obediencia que será responsable³⁸⁹.

En Bolivia, la Fuerza Militar “es esencialmente obediente, no delibera y está sujeta a las leyes y reglamentos militares. Como organismo institucional no realiza acción política”, pero en el plano individual, sus miembros tienen y ejercen los derechos de ciudadanía en las condiciones establecidas por la ley³⁹⁰.

³⁸⁸ Artículos 49, 50, 55. Constitución de la República Dominicana.

³⁸⁹ Artículo 185. Constitución de Ecuador.

³⁹⁰ Artículo 209. Constitución de Bolivia.

En El Salvador, la Fuerza Armada es “obediente, profesional, apolítica y no deliberante”³⁹¹. Tampoco puede hacer cualquier forma de propaganda política³⁹².

En Chile, “las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes”³⁹³.

En Honduras, es atribución del Presidente de la República velar porque las Fuerzas Armadas “sean apolíticas, esencialmente profesionales, obedientes y no deliberantes”³⁹⁴.

En Nicaragua, la fuerza militar tendrá carácter profesional, apartidista, apolítica y no deliberante y se regirá en estricto apego a la Constitución Política a la que guardará respeto y obediencia³⁹⁵. Los militares no podrán desarrollar actividades políticas o partidistas ni desempeñar cargo alguno en organizaciones políticas.

En Perú, “las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional”³⁹⁶.

En Paraguay, la fuerza militar será profesional, no deliberante, obediente, subordinada a los poderes del Estado y sujeta a las disposiciones de la Constitución y de las leyes.

En Venezuela, a los militares en activo no les está permitido participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político³⁹⁷.

En la República Dominicana, las fuerzas armadas son esencialmente obedientes y apolíticas y no tienen, en ningún caso, facultad para deliberar³⁹⁸.

3.2. 3. d. **Derecho de petición.**

En Colombia, la fuerza pública no puede dirigir peticiones, “excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley”.

³⁹¹ Artículo 211. Constitución de El Salvador.

³⁹² Artículo 82. Constitución de El Salvador.

³⁹³ Artículo 90. Constitución de Chile.

³⁹⁴ Artículo 245. Constitución de Honduras.

³⁹⁵ Artículos 93, 95. Constitución de Nicaragua.

³⁹⁶ Artículo 169. Constitución de Perú.

³⁹⁷ Artículo 330. Constitución de Venezuela.

³⁹⁸ Título XI. De las Fuerzas Armadas. (Artículos 93-94).

En Guatemala, los militares en activo no pueden ejercer el derecho de petición “en materia política”, que tampoco podrán ejercer en forma colectiva³⁹⁹.

En Perú, los miembros de las Fuerzas Armadas “solo pueden ejercer individualmente el derecho de petición”.

3.2. 3. e. **Derecho a la vida.**

En Honduras, se declara inviolable el derecho a la vida, prohibiéndose la pena de muerte.

En Venezuela, “el derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla”. También se prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, “...la desaparición forzada de personas”⁴⁰⁰.

En El Salvador, solo puede imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares, durante guerra internacional⁴⁰¹.

En México, queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos; en cuanto a los demás, podrá imponerse entre otros casos, “al traidor a la Patria en guerra extranjera” y a “los reos de delitos graves del orden militar”⁴⁰².

En Perú, la pena de muerte solo puede aplicarse por los delitos de traición en caso de guerra y el de terrorismo, “conforme a las leyes y a los tratados de los que Perú es parte obligada”.

En Guatemala, se contempla la pena de muerte, con cautelas expresadas en cinco casos reflejados en el texto constitucional y la previsión de que el congreso de la República la podrá abolir⁴⁰³.

3.2. 3. f. **Incompatibilidades y otros.**

En Brasil, se le aplica el pase a la reserva en los términos de la ley, al militar en activo que tome posesión de un **cargo o empleo público** civil permanente. También se prevé el pase a la reserva del que lo haga

³⁹⁹ Artículo 248. Constitución de Guatemala.

⁴⁰⁰ Artículos 43, 45. Constitución de Venezuela.

⁴⁰¹ Artículo 27. Constitución de El Salvador.

⁴⁰² Artículo 22. Constitución de México.

⁴⁰³ Artículo 18. Constitución de Guatemala. A simple vista, parece que la única excepción que podría beneficiar a los militares es el “caso a) Con fundamento en presunciones”.

temporalmente, transcurridos dos años, aunque puede ascender por antigüedad en esos dos años.

En Nicaragua, los militares tampoco podrán ser ministros, viceministros, presidentes o directores de entes autónomos o gubernamentales; ni embajadores, los militares en servicio activo. Para ser magistrado se requiere no estar en activo y, siéndolo, haber renunciado al menos doce meses antes de la elección⁴⁰⁴.

En Uruguay, no pueden ser Representantes los empleados militares o civiles dependientes de los Poderes, ni en general los funcionarios públicos, excepto los jubilados o retirados⁴⁰⁵.

En cambio, en Perú, los miembros de las Fuerzas Armadas pueden ser ministros⁴⁰⁶.

En Colombia, se reconoce el derecho de **reunión y manifestación** pacífica, si bien la fuerza pública no puede reunirse y se deja la puerta abierta a limitaciones posteriores.

La **inviolabilidad del domicilio**, con mención expresa de que esta se deba a prestaciones militares, parece una reliquia del pasado, de cuando los ejércitos en operaciones vivían sobre el terreno alojándose con la población civil. No obstante, según la Constitución de Uruguay, nadie será obligado a prestar auxilios a los ejércitos, “ni a franquear su casa para alojamiento de militares, sino de orden del magistrado civil, según la ley, y recibirá de la República la indemnización del perjuicio”⁴⁰⁷.

Los **tribunales de honor** perviven en algún texto, como en Brasil, donde el militar solo perderá su puesto y su despacho por decisión de un tribunal militar que le declare indigno o incompatible de ser oficial. Es más, el oficial condenado en firme a más de dos años, por tribunal civil o militar, también será sometido al tribunal militar citado.

La cuestión de la **obediencia** del militar también ha merecido la atención de los constituyentes. Así, en Honduras, ningún militar está obligado a cumplir

⁴⁰⁴ Artículos 94, 152, 161. Constitución de Nicaragua.

⁴⁰⁵ “Los militares que renuncien al destino y al sueldo para ingresar al Cuerpo Legislativo, conservarán el grado, pero mientras duren sus funciones legislativas no podrán ser ascendidos, estarán exentos de toda subordinación militar y no se contará el tiempo que permanezcan desempeñando funciones legislativas a los efectos de la antigüedad para el ascenso”. Véase Artículo 91. Constitución de Uruguay.

⁴⁰⁶ Artículos 28,34, 91, 124. Constitución de Perú.

⁴⁰⁷ Artículo 36. Constitución de Uruguay.

órdenes ilegales o que impliquen la comisión de un delito⁴⁰⁸. En Guatemala, también se contempla la no obligatoriedad del cumplimiento de órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito⁴⁰⁹.

3.2. 4. RECAPITULACIÓN.

Del estudio de los textos constitucionales del área iberoamericana, pueden extraerse algunos rasgos generales significativos.

El modelo político común iberoamericano es el presidencialista, con un Presidente de la república que encarna la más alta representación de la nación y detenta el poder ejecutivo con algunas facultades de intervención en el proceso legislativo. El legislativo lo constituye un Parlamento mono o bicameral.

Con frecuencia, las fuerzas armadas han tenido protagonismo o han intervenido en alguna etapa de la historia política de estos países, lo que de alguna manera se percibe en el tratamiento que reciben estas en sus textos constitucionales.

Predomina la **consideración** explícita de las fuerzas armadas como institución, con marcado carácter profesional y de subordinación al ordenamiento jurídico. Institución a la que los textos constituciones reservan un espacio acorde a su relevancia.

En cuanto a su **configuración**, aunque algunos textos las limitan a los tres ejércitos, existe tendencia a agrupar las fuerzas armadas con las de orden público y/o seguridad nacional, que hay que ver como producto de una visión ya superada de sus funciones y teñida por una cierta preocupación por el orden público.

La **misión** asignada a las fuerzas armadas, gira en torno a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad territorial, el ordenamiento jurídico y el orden.

Una función relevante del poder ejecutivo sobre las fuerzas armadas, es la del **mando**, pudiendo afirmarse que existe unanimidad en los textos constitucionales al atribuir el mando de las fuerzas armadas al Presidente de la República. Aunque en bastantes casos se entiende este mando supremo como

⁴⁰⁸ Artículo 323. Constitución de Honduras.

⁴⁰⁹ Artículo 156. Constitución de Guatemala.

directo, en otros se contemplan precisiones en cuanto a la forma y medios interpuestos para ejercerlo. En general, el mando reviste al Presidente de un amplio poder de disposición sobre las fuerzas armadas, tanto en el ámbito general (potestad de declarar la guerra), como en el particular o personal (concesión de ascensos y destinos).

Una de las atribuciones exclusivas del **poder legislativo** sobre la que existe mayor coincidencia es la de autorizar la entrada de tropas extranjeras y de salida de las propias de territorio nacional. También es bastante común su competencia para declarar la guerra y concertar la paz, bien por sí o en colaboración con el ejecutivo.

Es significativo el control del legislativo sobre los aspectos relacionados con la defensa nacional y las fuerzas armadas, por la potestad de dictar la legislación de desarrollo, comprensiva de los aspectos de organización y gobierno, régimen de personal, ascensos y fijación de sus efectivos. Incluso en algunos casos se mantiene la añeja denominación de “Ley Constitutiva”.

En la mayoría de los textos revisados, se contempla la existencia de la **jurisdicción militar** y de tribunales militares, con mención explícita del fuero militar en algunos.

Para determinar la competencia de los tribunales militares, generalmente se utiliza un doble criterio, por razón de la persona y por razón de la materia, aunque hay variaciones. Criterio acompañado de cautelas para impedir que estos tribunales extiendan su jurisdicción a los civiles. También se adoptan criterios competenciales en función de la situación, que en paz se centra en delitos puramente militares y cometidos por militares, primando la jurisdicción ordinaria, mientras que en guerra se amplía la competencia de los tribunales militares.

En cuanto a las especificaciones de los textos referidas a **derechos y libertades** de los miembros de las Fuerzas Armadas, existe variedad en el tratamiento, parece que relacionado o en función de la trayectoria política del país considerado. Así, los recién salidos de procesos revolucionarios, son especialmente cautelosos en el tratamiento de ciertas garantías (*habeas corpus*).

En general, las excepciones que los textos constitucionales contemplan, referidas a los militares, son gravosas y recortan su *estatus* personal respecto al ciudadano común.

Las restricciones al derecho de sufragio activo no suelen mencionarse. Se centran en el ejercicio del sufragio pasivo por los militares en activo, rodeándolo de una serie de limitaciones de carácter objetivo, generalmente relacionadas con el tipo de cargo y territorios o áreas de la Administración en las que se haya ejercido mando o responsabilidades públicas anteriormente. En sentido subjetivo, hay casos en que se consideran los lazos de parentesco que puedan afectar a la debida imparcialidad o neutralidad en el ejercicio del cargo, llegando a extenderse las restricciones al ejercicio del sufragio a los parientes, consanguíneos o afines. En general, el ejercicio del derecho de sufragio pasivo está reñido con la situación de actividad del militar, que debe de abandonarla antes de las elecciones, en plazos que oscilan entre un mes y varios años.

No abundan las menciones a los derechos de asociación, sindicación o huelga, pero las que existen, generalmente prohíben a los militares pertenecer a las asociaciones sindicales así como la afiliación política. En cualquier caso, dada la insistencia con que las constituciones remarcan el carácter profesional, apartidista, apolítico y no deliberante de la fuerza armada y de los militares, tampoco es preciso insistir más en los textos. Carácter en el que también se apoyan estos para la general restricción de la libertad de expresión, el derecho de reunión o el de manifestación.

El derecho de petición está poco tratado, pero dado el carácter no deliberante de la fuerza militar, lo común es su prohibición de ejercicio en forma colectiva y respecto a ciertas materias (políticas), permitiéndose su ejercicio individual, conforme a la ley.

En cuanto al derecho a la vida, no hay una posición uniforme. En unos casos se prohíbe absolutamente la pena de muerte; en otros se ciñe a ciertos delitos (traición o terrorismo) o circunstancias (guerra), incluso dejando la decisión al legislativo; en alguno, se fijan constitucionalmente las causas por las que podría aplicarse, si bien deja abierta al legislativo la decisión de abolirla.

En general, podemos apreciar que el militar es un ciudadano de características peculiares, que recibe una atención amplia y personalizada en los textos constitucionales iberoamericanos.

3.3. LAS FUERZAS ARMADAS EN LAS CONSTITUCIONES DE EUROPA OCCIDENTAL Y NORTEAMÉRICA.

Por proximidad política y cultural y, ante todo, por la frecuente coincidencia de intereses generales, observaremos los textos de algunos de los países occidentales más significativos y con un sistema político construido sobre principios democráticos.

Siguiendo la línea del epígrafe anterior, se han revisado los textos constitucionales de quince Estados europeos y de los Estados Unidos de América, agrupando los hallazgos con la misma sistemática⁴¹⁰.

Los textos considerados corresponden a Alemania (1949), Austria (1945), Bélgica (1994), Dinamarca (1953), Finlandia (1999), Francia (1958), Grecia (1975), Irlanda (1937), Italia (1948), Luxemburgo (1868), Países Bajos (1983), Portugal (1976), Reino Unido, Suecia (1975), Estados Unidos de América (1787). En materia de defensa o fuerzas armadas, los hay detallados y extensos como los de Portugal, Alemania o Grecia, junto a otros en los que las menciones son escasas, bien por la parquedad general del texto o por su propia ambigüedad (Suecia). En algún caso existe más de un texto con carácter de norma constitucional, como Suecia que tiene cuatro, aparte del caso del Reino Unido que carece de constitución escrita, al menos en forma de texto unitario.

3.3.1. CARÁCTER, CONFIGURACIÓN Y MISIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS OCCIDENTALES.

En los textos constitucionales revisados no aparecen referencias explícitas respecto al **carácter** de las fuerzas armadas, por lo que habrá que deducirlo de indicios como su ubicación en el texto, la extensión del articulado que se le dedica o el detalle del mismo.

No es común dedicar un capítulo específico a las fuerzas armadas y las constituciones que lo hacen se decantan hacia un tratamiento conceptual más

⁴¹⁰ Se han utilizado los textos actualmente vigentes, aunque respetando la fecha del texto original. En general, extraídos de ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. Isabel y ALCÓN YUSTAS, M^a. Fuenciscla: *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea (Texto y Comentarios)*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 1996.

amplio cual es la defensa nacional, de la que la defensa militar o las fuerzas armadas únicamente son un elemento.

La Constitución alemana, dedica un extenso y detallado capítulo a la “situación de defensa”, además de otras referencias a defensa y fuerzas armadas, dispersas en el texto⁴¹¹. La Ley Constitucional Federal de Austria, en su Parte Tercera, de los poderes ejecutivos y judiciales de la Federación, dentro del Apartado A (Administración), dedica el punto 4 al Ejército Federal (Artículos 79 y 80), además de otras referencias en el texto. La Constitución belga, dedica su Título VI a la Fuerza Pública (Artículos 182 a 186) que trata del ejército, aunque también hay una referencia a la gendarmería. La Ley Constitucional de Finlandia, dedica su Capítulo 12 a la Defensa nacional (Artículos 127, 128 y 129). En la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo, su Capítulo VII contiene unas escuetas disposiciones sobre la Fuerza Pública (Artículos 96 a 98). La extensa y detallada Constitución de Portugal, dedica su Título X a la Defensa Nacional (Artículos 273 a 276), además de otras referencias en sus doscientos noventa y ocho artículos.

La Ley Constitucional de Suecia, más que regular las fuerzas armadas, emplea un punto de vista más amplio y dedica a las cuestiones de defensa los trece artículos de su extenso Capítulo 13: “De la guerra y del peligro de guerra”.

En la Constitución de los Países Bajos, prácticamente todas las referencias a las fuerzas armadas se encuentran agrupadas en los Artículos 97 a 102, en lo que parece una clara concepción administrativa, dada su ubicación, ya que están en la Sección Segunda, “Demás materias”, del Capítulo 5, “De la legislación y administración”.

El caso del Reino Unido y los Estados Unidos de América es diferente al de los países europeos, por sus especiales características, ya que la constitución británica no está escrita en forma de código político único, sino formada por algunos textos jurídicos (*statute law*)⁴¹², la costumbre constitucional (*the conventions*) y otras fuentes como *the common law* y *the equity*. De modo que,

También se ha empleado la página <http://www.congreso.es/constitucion/otras/mundo/index.htm>.

⁴¹¹ Constitución de la República Federal de Alemania. CAPITULO X a. SITUACIÓN DE DEFENSA. Artículos 115, a – 115, l.

⁴¹² Carta Magna del Rey Juan (1215), Petición de Derechos (1628), *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), *Bill de Derechos* (1689), *Act of Settlement* (1701), *Parliament Act* (1911), Estatuto de Westminster (1931), *Parliament Act* (1949).

con independencia de su origen, la Constitución británica está formada por todas las reglas referentes al poder político, su ejercicio y distribución. En la Constitución de los Estados Unidos de América (1787), las Fuerzas Armadas no reciben un tratamiento diferenciado y el núcleo de su regulación está entre las facultades del Congreso (Artículo uno. Octava sección).

Los demás textos constitucionales solo contienen las oportunas referencias a fuerzas armadas y defensa dispersas por su articulado⁴¹³.

También hay países que parecen sentirse obligados a justificar constitucionalmente la existencia de las fuerzas armadas, como es el caso de Italia que “repudia la guerra como instrumento de ofensa a la libertad de otros pueblos y como medio de resolución de las controversias internacionales”⁴¹⁴. O el caso de Holanda que las justifica como una necesidad “para la defensa de los intereses del Estado habrá unas fuerzas armadas...”⁴¹⁵.

En cuanto a su **configuración**, en general no se citan los Cuerpos o Ejércitos que componen las Fuerzas Armadas, ni se dan orientaciones específicas para su configuración, que se deja al desarrollo legislativo. Salvo casos puntuales, como el de las Fuerzas Armadas de Italia, cuya organización “se inspira en el espíritu democrático de la República”⁴¹⁶.

Respecto a la composición material de las Fuerzas Armadas, es decir, como se nutren sus filas o se reclutan los militares, existe una gradación desde la precisión del deber constitucional de contribuir a la defensa, hasta el silencio.

En Italia, la “defensa de la Patria es un deber sagrado del ciudadano” y “el servicio militar es obligatorio con los límites y modos establecidos en la ley”⁴¹⁷. En Dinamarca, “todo hombre que pueda llevar armas está obligado a contribuir con su persona a la defensa de la patria, conforme a las reglas establecidas por la ley”⁴¹⁸. En Grecia, “todo heleno en edad de llevar armas está obligado a contribuir a la defensa de la Patria, según la prescripción de las leyes”⁴¹⁹.

⁴¹³ Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda, Italia.

⁴¹⁴ Constitución de la República Italiana. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. Artículo 11.

⁴¹⁵ Constitución del Reino de los Países Bajos. Capítulo 5: DE LA LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN. Artículo 98.1.

⁴¹⁶ Constitución de la República Italiana. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. Artículo 52.

⁴¹⁷ Constitución de la República Italiana. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. Artículo 52.

⁴¹⁸ Constitución de Dinamarca. Capítulo Octavo. Artículo 81.

⁴¹⁹ Constitución de Grecia. Segunda Parte. LIBERTADES PÚBLICAS Y DERECHOS SOCIALES. Artículo 4, 6º.

En Portugal, la defensa de la Patria se configura constitucionalmente como un derecho y deber fundamental de todos los portugueses. Conforme a este carácter “las Fuerzas Armadas se compondrán exclusivamente de ciudadanos portugueses y su organización se basará en el servicio militar obligatorio y será única para todo el territorio nacional”⁴²⁰. Igualmente se opta constitucionalmente por el servicio militar obligatorio en los términos y período que establezca la ley y se especifica que los objetores prestarán un servicio cívico de duración y penosidad equivalente al servicio militar obligatorio⁴²¹.

En Alemania se emplea una fórmula mixta y pragmática, que contiene simultáneamente la misión y el modo de configurarlas, ya que “la Federación organizará las Fuerzas Armadas para la defensa. El número de efectivos y las características generales de su organización deberán expresarse en el presupuesto”⁴²².

En los Países Bajos, “habrá unas Fuerzas Armadas, compuestas de voluntarios y de individuos en edad militar”; el servicio militar obligatorio se regulará por ley y por la misma vía se regularán “las obligaciones que puedan imponerse para la defensa del país a quienes no pertenezcan a las Fuerzas Armadas”⁴²³.

En Finlandia, se extiende a todo ciudadano la obligación de participar en la defensa del país o contribuir a ella del modo establecido por la ley⁴²⁴.

En Austria, el servicio militar es obligatorio para todos los ciudadanos varones y quienes se acojan a la objeción de conciencia deberán realizar un servicio sustitutorio, cuyas modalidades se regularán por las leyes⁴²⁵. Para nutrir las filas, una ley federal establecerá la colaboración de los Estados federados “en

⁴²⁰ Constitución de Portugal. Título X. DEFENSA NACIONAL. Artículo 275, 2. (Fuerzas Armadas).

⁴²¹ Constitución de Portugal. Título X. DEFENSA NACIONAL. Artículo 276 (Defensa de la patria, servicio militar y defensa civil).

⁴²² Constitución de la República Federal de Alemania. CAPITULO VIII. EJECUCION DE LAS LEYES FEDERALES. ADMINISTRACION FEDERAL. Artículo 87a, 1.

⁴²³ Constitución del Reino de los Países Bajos. CAPITULO 5. DE LA LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN. Artículo 98.

⁴²⁴ Ley Constitucional de Finlandia. Capítulo 12. Defensa Nacional. Artículo 127.

⁴²⁵ Ley Constitucional Federal de Austria. PARTE PRIMERA. DISPOSICIONES GENERALES. UNION EUROPEA. Artículo 9 a.

el reclutamiento, mantenimiento y alojamiento del Ejército y la cobertura de sus demás necesidades”⁴²⁶.

En Luxemburgo, se hace una remisión general a la ley, “todo lo concerniente a la Fuerza Armada es regulado por ley”⁴²⁷.

No es frecuente encontrar en los textos constitucionales la enumeración explícita y tasada de la **misión** o misiones que se asignan a las Fuerzas Armadas. Una explicación posible es que lo predominante en los textos es el concepto de defensa nacional, del que la defensa militar es solo una faceta, de modo que descender al detalle de sus misiones podría suponer una rigidez innecesaria y sin ventaja, por lo que normalmente se expresa la misión como una finalidad o propósito genérico, quizás con la excepción de Portugal.

En Alemania, las Fuerzas Armadas se organizan “para la defensa” y su empleo al margen de este propósito, solo se hará cuando expresamente lo permita la Ley Fundamental que, en situaciones de defensa o tensión, les permite cooperar con las autoridades competentes, asumiendo tareas de control de tráfico y de apoyo a las medidas policiales⁴²⁸. Asimismo, en determinadas circunstancias, las Fuerzas Armadas podrán apoyar a la policía y a la policía federal de fronteras, “para prevenir un peligro inmediato para la existencia o para el orden fundamental de libertad democrática de la Federación o de un Estado federado”⁴²⁹. También se contempla la posibilidad de que las Fuerzas Armadas puedan asistir a cualquier Estado federado, en caso de catástrofe natural o accidente particularmente grave⁴³⁰. En cualquier caso, el empleo de las Fuerzas Armadas en estos cometidos terminará cuando lo requieran el Consejo Nacional o el Consejo Federal.

La Constitución de Austria recoge una exposición secuencial y completa de la necesidad de la defensa y su articulación. Comienza proclamando su determinación para la defensa del país, como misión genérica, cuyo contenido consiste en “preservar la independencia frente al exterior, así como la

⁴²⁶ Ley Constitucional Federal de Austria. PARTE TERCERA. LOS PODERES EJECUTIVOS Y JUDICIALES DE LA FEDERACIÓN. 4. Ejército Federal. Artículo 80.

⁴²⁷ Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo. CAPITULO VII: DE LA FUERZA PÚBLICA. Artículo 96.

⁴²⁸ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 87 a,2 y 87 a,3.

⁴²⁹ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 87 a,4.

⁴³⁰ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 35.

invulnerabilidad e integridad del territorio federal, en especial con el fin de mantener y salvaguardar la neutralidad perpetua”, extendiendo su protección y defensa a “las instituciones constitucionales y su capacidad de funcionamiento, así como las libertades democráticas de los habitantes, frente a las agresiones exteriores”⁴³¹. Desglosa los componentes de la defensa del país que “comprende la defensa nacional, militar, espiritual, civil y económica”⁴³². Asigna la defensa militar al Ejército federal, que “estará organizado en base a los principios de un sistema de milicia”. También señala al Ejército misiones fuera del ámbito de la defensa militar, que se cumplirán a solicitud del poder civil, como son la protección de las instituciones constitucionales y su capacidad de funcionamiento, así como las libertades democráticas de los habitantes; mantener en general el orden y la seguridad interiores; prestar asistencia en los casos de calamidades naturales y de accidentes de envergadura extraordinaria. En cualquier caso, estas otras tareas se regularán por una ley constitucional federal y una ley de Defensa regulará las autoridades y órganos que pueden solicitar directamente la intervención del Ejército federal para estos fines⁴³³.

En Portugal, el aseguramiento de la defensa nacional se configura constitucionalmente como una obligación del Estado, siendo sus objetivos “garantizar, [...], la independencia nacional, la integridad del territorio y la libertad y la seguridad de la población contra toda agresión o amenaza exterior”⁴³⁴. La defensa militar de la República portuguesa incumbe a las Fuerzas Armadas, que obedecerán a los órganos de soberanía y estarán al servicio del pueblo portugués. También se recoge la posibilidad de colaborar con la autoridad civil, en los términos de la ley, especialmente en situaciones de calamidad pública⁴³⁵. El órgano específico de consulta para los asuntos relativos a la defensa nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de las Fuerzas Armadas es el Consejo Superior de Defensa Nacional, que presidirá el Presidente de la República y cuya composición se determinará por ley, que también podrá atribuirle competencia administrativa⁴³⁶.

⁴³¹ Ley Constitucional Federal de Austria. Artículo 9 a, 1.

⁴³² Ley Constitucional Federal de Austria. Artículo 9 a, 2.

⁴³³ Ley Constitucional Federal de Austria. Artículo 79.

⁴³⁴ Constitución de Portugal. Artículo 273. (Defensa Nacional).

⁴³⁵ Constitución de Portugal. Artículo 275. (Fuerzas Armadas).

⁴³⁶ Constitución de Portugal. Artículo 274. (Consejo Superior de Defensa Nacional).

3.3.2. LAS FUERZAS ARMADAS Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PODERES.

3.3.2. a. **Competencias del poder ejecutivo.**

Puede afirmarse que existe bastante coincidencia en los textos constitucionales al atribuir el **mando** de las fuerzas armadas al Jefe del Estado (Rey o Presidente), aunque el contenido y atribuciones que conlleva no es uniforme, ya que el mando efectivo suele recaer en el órgano unipersonal de nivel más alto del ejecutivo.

Existe el mando **atribuido al Jefe del Estado** y ejercido con escasos condicionantes.

En Italia, el Presidente de la República representa la unidad nacional, tiene el mando de las Fuerzas Armadas, preside el Consejo supremo de defensa y declara el estado de guerra decidido por las Cámaras⁴³⁷. La dirección de la administración militar le corresponde al Ministro de Defensa.

En Portugal, entre las competencias del Presidente de la República figuran las de ejercer las funciones de Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, presidir el Consejo Superior de Defensa Nacional y declarar la guerra y hacer la paz⁴³⁸.

En Luxemburgo, el Gran Duque ejerce el mando de la fuerza armada y declara la guerra y su cese, autorizado por una votación de la Cámara⁴³⁹.

En los Estados Unidos de América, el Presidente es el comandante en jefe del ejército y la marina de los Estados Unidos y comandante de la milicia de los Estados, si se les llama al servicio activo⁴⁴⁰, pero es competencia del Congreso declarar la guerra⁴⁴¹. En la práctica, este diseño constitucional de competencias ha propiciado que solo en contadas ocasiones el Congreso haya pronunciado una declaración de guerra previa y formal, siendo más frecuente el comienzo de estas

⁴³⁷ Constitución de la República Italiana. Artículo 87.

⁴³⁸ Constitución de Portugal. Artículo 136 (Competencias en cuanto a otros órganos). Artículo 137 (Competencia para el ejercicio de actos propios). Artículo 138 (Competencias en relaciones internacionales).

⁴³⁹ Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo. Artículo 37.

⁴⁴⁰ Constitución de los Estados Unidos de América. Artículo dos. Segunda Sección.

⁴⁴¹ Constitución de los Estados Unidos de América. Artículo uno. Octava Sección.

por la vía de hecho, al menos hasta 1973, cuando se aprobó la *War power resolution*, que obliga al Presidente a consultar al Congreso antes de adoptar una decisión que implique acciones de combate⁴⁴².

En Irlanda, el mando supremo de las Fuerzas Armadas es una facultad del Presidente, cuyo ejercicio será regulado por ley⁴⁴³.

En Bélgica, el Rey manda las Fuerzas Armadas y declara la guerra y el fin de las hostilidades, informando a las Cámaras “en cuanto lo permitan el interés y la seguridad del Estado”⁴⁴⁴.

En otros textos, se aprecia que la asignación del ejercicio del mando de las Fuerzas Armadas **puede cambiar** según la situación.

En Alemania, en circunstancias normales, la jefatura de las Fuerzas Armadas será ejercida por el Ministro federal de Defensa⁴⁴⁵, pero después de la promulgación de una situación de defensa, el mando pasará al Canciller federal⁴⁴⁶. Un caso similar es el de Finlandia, cuyo Presidente será el Comandante en Jefe de las Fuerzas de defensa, si bien tendrá la facultad de transferir a otro el mando⁴⁴⁷.

En Austria, el Presidente federal ejerce el mando supremo del Ejército federal, pero la Ley de Defensa puede determinar que no sea el Presidente quien dirija al Ejército federal, en cuyo caso el Ministro federal será competente para dirigir el Ejército, en el marco de la delegación que haya recibido del Gobierno⁴⁴⁸.

El caso de Francia es peculiar, el Primer Ministro es el responsable de la Defensa Nacional y puede delegar algunos de sus poderes en los Ministros⁴⁴⁹, siendo el Gobierno quien determina y dirige la política de la Nación y dispone de la administración y de la fuerza armada⁴⁵⁰. Pero por otra parte, el Presidente de la República es el jefe de los ejércitos y preside los consejos y los comités superiores de la Defensa Nacional⁴⁵¹, lo que plantea una situación ambigua sobre

⁴⁴² Véase PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María: *Presupuestos constitucionales de la Función militar en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 40-43.

⁴⁴³ Constitución de Irlanda. Artículo 13.

⁴⁴⁴ Constitución de Bélgica. Artículo 167.

⁴⁴⁵ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 65 a.

⁴⁴⁶ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 115 b.

⁴⁴⁷ Ley Constitucional de Finlandia. Artículo 128.

⁴⁴⁸ Ley Constitucional Federal de Austria. Artículo 80.

⁴⁴⁹ Constitución de Francia. Artículo 21.

⁴⁵⁰ Constitución de Francia. Artículo 20.

⁴⁵¹ Constitución de Francia. Artículo 15.

quién manda realmente en las Fuerzas Armadas. La doctrina francesa ha resuelto este conflicto jerarquizando las relaciones entre los dos órganos, de modo que el Primer Ministro mandará en situaciones de normalidad, asumiendo la responsabilidad de la Defensa Nacional; pero en situaciones de guerra será responsable de las operaciones militares, bajo la autoridad del Presidente, que retiene ciertas atribuciones específicas, como la decisión de emplear armas nucleares⁴⁵².

También existe la partición entre el **componente simbólico y el efectivo** del mando, de modo que el Jefe del Estado manda de forma mediatizada o escasamente definida.

En Grecia, aunque el Presidente de la República es el jefe supremo de las Fuerzas Armadas, el mando lo ejerce el Gobierno, de acuerdo con lo previsto en la ley⁴⁵³.

En Dinamarca, el Rey está investido de la autoridad suprema sobre todos los asuntos del Reino y ejerce esa autoridad por los Ministros. Excepto en el caso de las medidas de defensa debidas a una agresión armada contra el Reino o las fuerzas danesas, el Rey no puede emplear la fuerza militar contra ningún Estado extranjero, sin el consentimiento del Parlamento. Aunque en el texto constitucional no se menciona que el Rey ostente la jefatura de las Fuerzas Armadas, del mismo texto puede deducirse la posición del Rey en este aspecto⁴⁵⁴.

Aún sin constitución escrita, en Gran Bretaña está claro el marcado carácter simbólico del Rey como jefe supremo de las Fuerzas Armadas, con una intensidad que recuerda lo patrimonial⁴⁵⁵.

Por último, existe un modelo de mando claramente decantado **a favor del Gobierno**.

En Suecia, aunque las decisiones sobre las funciones del Gobierno se toman en las reuniones de la Cámara, las relativas a decisiones especiales del Gobierno dentro de las Fuerzas Armadas pueden ser aprobadas por el Jefe del

⁴⁵² Véase PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 48-49.

⁴⁵³ Constitución de Grecia. Artículo 45:

⁴⁵⁴ "Dentro de los límites previstos por esta Constitución, el Rey está investido de la suprema autoridad sobre todos los asuntos del reino, autoridad que ejercerá a través de los ministros". (Artículo 12 Constitución danesa de 1953).

⁴⁵⁵ Por ejemplo, recuérdese que los buques de guerra británicos anteponen a su nombre el acrónimo HMS (*Her majesty ship*).

ministerio responsable de dichos asuntos, bajo la supervisión del Primer Ministro y en la extensión establecida por la ley⁴⁵⁶. Existe además una especie de cláusula de salvaguardia contra interferencias, no exenta de ambigüedad, ya que en situación de guerra, el Jefe del Estado deberá acompañar al Gobierno y en caso de encontrarse aquel en territorio ocupado o separado del Gobierno, deberá ser suspendido para impedirle llevar a cabo sus deberes como Jefe del Estado⁴⁵⁷. Es explícita la afirmación de que el Rey es el Jefe del Estado, pero no lo es respecto a su jefatura de las Fuerzas Armadas.

En los Países Bajos, el mando supremo de las Fuerzas Armadas lo ejercerá el Gobierno⁴⁵⁸.

En cuanto al **contenido** de este mando, es decir, sus atribuciones, una de las más comunes es la de conceder los empleos y nombrar los cargos militares.

En Alemania⁴⁵⁹ y en Finlandia⁴⁶⁰, el Presidente o Jefe del Estado, nombra y releva a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas, según ley.

En Francia, el Presidente de la República nombra los empleos civiles y militares del Estado, pero es el Primer Ministro quien nombra los cargos civiles y militares⁴⁶¹.

En Bélgica, el Rey confiere los grados militares, así como las órdenes militares, según prescriba la ley⁴⁶².

El Gran Duque de Luxemburgo, que ejerce solo el poder ejecutivo, nombra a los empleados civiles y militares y confiere las órdenes civiles y militares, conforme a la ley⁴⁶³.

En Irlanda, todos los oficiales con mando de las Fuerzas Armadas lo ostentan por designación del Presidente⁴⁶⁴.

En Grecia, el Presidente confiere los grados a las personas que sirven a la República, según lo prescrito en la ley⁴⁶⁵.

⁴⁵⁶ Ley Constitucional de Suecia. Artículo 3.

⁴⁵⁷ Ley Constitucional de Suecia. Artículo 11.

⁴⁵⁸ Constitución del Reino de los Países Bajos. Artículo 98.

⁴⁵⁹ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 60.

⁴⁶⁰ Ley Constitucional de Finlandia. Artículo 128.

⁴⁶¹ Constitución de Francia. Artículos 13 y 21.

⁴⁶² Constitución de Bélgica. Artículos 107 y 114.

⁴⁶³ Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo. Artículos 33, 35, 41.

⁴⁶⁴ Constitución de Irlanda. Artículo 13.

⁴⁶⁵ Constitución de Grecia. Artículo 45.

En Portugal, a propuesta del Gobierno, el Presidente de la República nombra y separa a los altos cargos que componen la cúpula militar⁴⁶⁶.

Por otra parte, en las democracias occidentales, el poder de disposición que entraña el mando sobre las Fuerzas Armadas, está muy **limitado y condicionado** por la ley y la intervención parlamentaria, y su ejercicio se apoya en órganos colegiados como los consejos de defensa nacional o equivalentes.

En Portugal, es el Gobierno quien propone al Presidente de la República la declaración de guerra o la firma de la paz⁴⁶⁷. También compete al Gobierno, en ejercicio de sus funciones administrativas, dirigir los servicios y la actividad de la administración directa del Estado, civil y militar⁴⁶⁸.

3.3.2. b. Competencias del poder legislativo.

La vinculación de la defensa nacional y las fuerzas armadas con el legislativo, ha merecido una regulación más precisa en los textos revisados.

En Alemania, el tratamiento constitucional de los asuntos de defensa compone un conjunto de normas amplio y detallado. Estos asuntos son de competencia exclusiva de la Federación pero, en una situación de defensa y con el consentimiento del Consejo Federal, esta competencia legislativa puede extenderse, para legislar concurrentemente con los Estados Federados⁴⁶⁹.

En situación de defensa, prevalecerá la legislación dictada por esta causa, que suspenderá la incompatible con ella, pero en atención a evitar vacíos normativos, el propio texto constitucional habilita a los Gobiernos de los Estados federados a adoptar medidas, cuando no le sea posible hacerlo a los cuerpos federales⁴⁷⁰. Lo que no impide que se procure la vuelta a la normalidad, de manera que el Consejo Nacional puede derogar en cualquier momento, con el consentimiento del Consejo Federal, la legislación emitida en razón de la situación

⁴⁶⁶ Es decir, "al Jefe de Estado Mayor General de las Fuerzas Armadas, al Vicejefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas, cuando exista, y a los Jefes de Estado Mayor de las tres armas de las Fuerzas Armadas, oído, en estos dos últimos casos, el Jefe del Estado Mayor General de las Fuerzas Armadas". Constitución de Portugal. Artículo 136 (Competencias en cuanto a otros órganos).

⁴⁶⁷ Constitución de Portugal. Artículo 200 (Competencia política).

⁴⁶⁸ Constitución de Portugal. Artículo 202 (Competencia administrativa).

⁴⁶⁹ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículos 73 y 115 c.

⁴⁷⁰ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículos 115 k. y 115 i.

de defensa, que se declarará terminada sin dilación, si las condiciones que la motivaron han cesado⁴⁷¹.

La norma fundamental alemana abunda en cuestiones de adaptación de la producción legislativa, la actuación de los Consejos Nacional y Federal como un solo cuerpo, la disposición de la Policía federal de fronteras en todo el territorio federal, la posibilidad de dictar directivas a los Estados federados, o la intocabilidad del Tribunal Constitucional y sus jueces, cuyo estatuto y funciones constitucionales “no pueden ser perjudicados”⁴⁷².

En los aspectos de dirección y coordinación, está previsto el nombramiento de un Comisionado del Consejo Nacional para Asuntos de Defensa “para ayudar al Consejo Nacional en el ejercicio del control parlamentario”, cuyos detalles se fijarán por ley federal⁴⁷³. Por otra parte, “las leyes militares tendrán también en cuenta la división de la Federación en Estados federados y las particulares condiciones de los mismos”⁴⁷⁴.

A la legislación concurrente⁴⁷⁵ se dejan otras cuestiones relacionadas o que traen causa de las actividades de defensa, en materias relativas a daños de guerra y reparaciones, pensiones de los mutilados y de quienes dependan de las víctimas de guerra, la asistencia a los antiguos prisioneros, así como las tumbas de los caídos y de otras víctimas de la guerra⁴⁷⁶.

La conclusión de los tratados de paz estará sujeta a la legislación federal⁴⁷⁷.

En cuanto a la ejecución, la Federación puede ejecutar directamente las leyes federales de defensa o descentralizar esta en los Estados federados, total o parcialmente. No obstante, la administración militar federal será responsabilidad directa de la Federación y tendrá su propia infraestructura y organización⁴⁷⁸.

⁴⁷¹ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 115 l.

⁴⁷² Constitución de la República Federal de Alemania. Artículos 115 d, 115 e, 115 f, 115 g.

⁴⁷³ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 45 b.

⁴⁷⁴ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 36.2.

⁴⁷⁵ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 70. “1. Los Estados federados tienen derecho a legislar en cuanto la presente Ley Fundamental no confiera poderes legislativos a la Federación. 2. Las competencias legislativas de la Federación y de los Estados federados estarán regidas por las disposiciones de la presente Ley Fundamental relativas a las legislaciones exclusivas y concurrente”.

⁴⁷⁶ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 74.

⁴⁷⁷ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 115 l.

⁴⁷⁸ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 87 b.

En Austria, la Federación dispone de poderes legislativo y ejecutivo en materia de asuntos militares; los daños de guerra y asistencia a los excombatientes y a sus supervivientes; el mantenimiento de cementerios militares; así como las medidas que resulten necesarias, con ocasión de una guerra o por su consecuencia, para asegurar una gestión uniforme de la economía, en especial el abastecimiento de productos de primera necesidad a la población⁴⁷⁹.

En Bélgica, donde el poder legislativo federal es ejercitado colectivamente por el Rey, la Cámara de los Representantes y el Senado, por excepción, este poder se ejercerá conjuntamente por el Rey y la Cámara de los Representantes para fijar el contingente del Ejército⁴⁸⁰. La ley determinará el modo de reclutar el Ejército y regulará los ascensos⁴⁸¹. Anualmente se votará el contingente del Ejército y la ley que lo fije solo tendrá vigor por un año, si no es renovada⁴⁸². Admitir tropa extranjera al servicio del Estado, ocupar o atravesar el territorio, solo será posible en virtud de una ley⁴⁸³. Los militares solo podrán ser privados de su graduación, honores y pensiones en la manera establecida por la ley⁴⁸⁴.

En Estado Unidos, el Congreso tendrá facultad para declarar la guerra, reclutar y sostener ejércitos, aunque por un plazo no superior a dos años. También podrá habilitar y mantener una armada, así como dictar reglas para el gobierno y ordenanza de las fuerzas navales y terrestres. Asimismo, puede disponer cuando debe convocarse a la milicia nacional y proveer lo necesario para su organización y disciplina. Como cierre, el Congreso puede emitir cuantas leyes sean necesarias y convenientes para llevar a efecto los poderes citados⁴⁸⁵.

En Portugal, compete a la Asamblea de la República aprobar los convenios internacionales sobre los tratados de participación en organizaciones internacionales, los tratados de amistad, de paz, de defensa y los relativos a asuntos militares⁴⁸⁶. Asimismo, es competencia exclusiva de la Asamblea de la República legislar sobre la organización de la defensa nacional, la definición de

⁴⁷⁹ Ley Constitucional Federal de Austria. Artículo 10.

⁴⁸⁰ Constitución de Bélgica. Artículos 36 y 74.

⁴⁸¹ Constitución de Bélgica. Artículo 182.

⁴⁸² Constitución de Bélgica. Artículo 183.

⁴⁸³ Constitución de Bélgica. Artículo 185.

⁴⁸⁴ Constitución de Bélgica. Artículo 186.

⁴⁸⁵ Constitución de los Estados Unidos de América. Artículo uno. Octava Sección.

⁴⁸⁶ Constitución de Portugal. Artículo 164. (Competencia política y legislativa).

los deberes derivados de ella y las bases generales de organización, funcionamiento y disciplina de las fuerzas Armadas⁴⁸⁷.

En Francia, la ley determinará los principios fundamentales de la organización general de la Defensa Nacional y la declaración de guerra será autorizada por el Parlamento Nacional⁴⁸⁸.

En Irlanda, la creación y el mantenimiento de fuerzas militares o armadas, es una competencia exclusiva del Parlamento y, fuera de las instituidas por este, no cabe la existencia de fuerza militar o armada alguna “cualquiera que fuera su propósito”⁴⁸⁹.

En Dinamarca, el Parlamento nombrará a una o dos personas, por ley, que no serán miembros del Parlamento, para controlar la Administración civil y militar del Estado⁴⁹⁰.

3.3.2. c. **Competencias del poder judicial.**

Respecto a la jurisdicción militar y sus tribunales, los textos constitucionales estudiados ofrecen diversas opciones.

En Austria, “la jurisdicción militar queda abolida, salvo en tiempo de guerra”⁴⁹¹. En Alemania, es posible crear tribunales disciplinarios militares para las Fuerzas Armadas con carácter de tribunales federales, pero solo pueden ejercer la jurisdicción penal mientras exista una situación de defensa y, en cualquier caso, solo sobre miembros de las Fuerzas Armadas enviados al extranjero o embarcados en navíos de guerra. Estos tribunales estarán bajo la jurisdicción del Ministerio federal de Justicia y sus jueces titulares deberán ser personas cualificadas para el ejercicio de la judicatura⁴⁹².

En Italia, se distingue entre tiempo de paz y de guerra. En paz, los tribunales militares tienen jurisdicción por los delitos militares cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas. En tiempo de guerra, tendrán la jurisdicción establecida por la ley. En esta situación, para los tribunales militares, puede

⁴⁸⁷ Constitución de Portugal. Artículo 167,d.(Reserva absoluta de competencia legislativa).

⁴⁸⁸ Constitución de Francia. Artículos 34 y 35.

⁴⁸⁹ Constitución de Irlanda. Artículo 15.

⁴⁹⁰ Constitución de Dinamarca. Artículo 55.

⁴⁹¹ Ley Constitucional Federal de Austria. Artículo 84.

⁴⁹² Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 96.

derogarse la norma de que siempre se admitirá recurso de casación por violación de ley contra las sentencias y disposiciones jurisdiccionales sobre la libertad personal⁴⁹³.

En cambio, en Bélgica se contempla la regulación por leyes especiales, de “la organización de los tribunales militares, sus atribuciones, los derechos y obligaciones de sus miembros y la duración de sus funciones”⁴⁹⁴.

En Grecia, existen tribunales militares de tierra, mar y aire, que se regularán por leyes especiales. Su constitución será mixta, aunque con mayoría de miembros del cuerpo judicial de las fuerzas armadas, que gozan de las garantías de independencia funcional y personal previstas en la propia Constitución. Los particulares no podrán ser llevados ante estos tribunales. No obstante, en caso de guerra o movilización, la Cámara de los Diputados pondrá en aplicación la ley de estado de sitio e instituirá tribunales de excepción⁴⁹⁵.

En Portugal, los tribunales militares son una categoría más y su competencia se ciñe al enjuiciamiento de los delitos esencialmente militares⁴⁹⁶. Aunque por motivos relevantes, la ley podrá incluir en la jurisdicción de los tribunales militares los delitos dolosos equiparables a los esencialmente militares⁴⁹⁷. La legislación que posibilite esta extensión jurisdiccional a favor de los tribunales militares, es competencia exclusiva de la Asamblea de la República⁴⁹⁸.

3.3.3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MILITARES EN LAS CONSTITUCIONES OCCIDENTALES.

En Alemania, las leyes podrán restringir a los integrantes de las Fuerzas Armadas y del servicio alternativo, durante su periodo de servicio, el derecho fundamental a expresar y difundir libremente sus opiniones, el derecho de reunión y el de petición en forma colectiva. No obstante, se nombrará un Comisionado del

⁴⁹³ Constitución de la República Italiana. Artículos 103 y 111.

⁴⁹⁴ Constitución de Bélgica. Artículo 157.

⁴⁹⁵ Constitución de Grecia. Artículos 93, 96 y 48.

⁴⁹⁶ Constitución de Portugal. Artículo 211, d. (Categorías de tribunales).

⁴⁹⁷ Constitución de Portugal. Artículo 215. (Tribunales militares).

⁴⁹⁸ Constitución de Portugal. Artículo 167, m. (Reserva absoluta de competencia legislativa).

Consejo Nacional para Asuntos de Defensa para defender los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas⁴⁹⁹.

En Bélgica, los derechos y obligaciones de los militares serán regulados por ley⁵⁰⁰. De manera similar, en Francia se fijarán por ley las reglas relativas a las garantías fundamentales concedidas a los militares⁵⁰¹.

En Portugal existe una reserva de competencia legislativa a favor de la Asamblea de la República, para legislar sobre las restricciones “al ejercicio de derechos por militares y agentes militarizados de los cuadros permanentes en servicio efectivo”⁵⁰².

En Dinamarca, la inviolabilidad de la libertad individual, el derecho de *habeas corpus*, de asociación sin autorización previa y con fines legítimos, y de reunión sin armas, “son aplicables a las fuerzas de la defensa nacional, con las limitaciones establecidas en las leyes militares”⁵⁰³.

Respecto a los derechos de **asociación, sindicación y huelga**. En Italia, los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente, sin necesidad de autorización, para aquellas finalidades que no estén prohibidas por las leyes penales, pero “se prohíben las asociaciones secretas y aquellas que persiguen, aunque sea indirectamente, finalidades políticas mediante organizaciones de carácter militar”⁵⁰⁴. En cualquier caso, por ley pueden establecerse limitaciones al derecho de inscripción en los partidos políticos para los militares de carrera en servicio activo⁵⁰⁵.

En Portugal se reconoce el derecho a constituir asociaciones libremente, “con tal de que estas no se destinen a promover la violencia y que sus fines respectivos no sean contrarios a la ley penal”, pero están prohibidas “las asociaciones armadas ni de tipo militar, militarizadas o paramilitares, ni organizaciones que adopten la ideología fascista”⁵⁰⁶. Asimismo, se afirma el carácter profesional de las Fuerzas Armadas, que serán rigurosamente no

⁴⁹⁹ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículos 17a y 45b.

⁵⁰⁰ Constitución de Bélgica. Artículo 182.

⁵⁰¹ Constitución de Francia. Artículo 34.

⁵⁰² Constitución de Portugal. Artículo 167, p. (Reserva absoluta de competencia legislativa).

⁵⁰³ Constitución de Dinamarca. Artículos 71, 78, 79 y 85.

⁵⁰⁴ Constitución de la República Italiana. Artículo 18.

⁵⁰⁵ Constitución de la República Italiana. Artículo 98.

⁵⁰⁶ Constitución de Portugal. Artículo 46. (Libertad de asociación).

partidarias y cuyos elementos no podrán aprovecharse de sus armas, puesto o función para intervención política alguna⁵⁰⁷.

Sobre la libertad de **expresión** no se encuentran precisiones respecto a los militares. En cambio, en Grecia existe una restricción genérica por razones de seguridad, porque no obstante estar prohibido el secuestro de periódicos y otros impresos, excepcionalmente se permitirá el secuestro, tras ser puesto en circulación y por orden del fiscal, en el caso de una publicación “que revele informaciones sobre la composición, el equipamiento y la disposición de las Fuerzas Armadas o sobre la fortificación del país”⁵⁰⁸. En el aspecto personal, los militares en general, tienen absolutamente prohibido manifestarse a favor de los partidos políticos, de cualquier forma que sea⁵⁰⁹.

No hay excepciones al derecho de **petición**, salvo en lo que se refiere a su ejercicio colectivo. En Bélgica, se reconoce el derecho de petición individual, en forma de peticiones firmadas por una o más personas, pero “solo las autoridades públicas constituidas tienen el derecho de dirigir peticiones en nombre colectivo”⁵¹⁰.

En cuanto al derecho a la **vida**, la pena de muerte está abolida explícitamente, al menos en los textos constitucionales de Alemania⁵¹¹, Austria⁵¹², Países Bajos⁵¹³ y Portugal⁵¹⁴. En Luxemburgo también lo está, si se impone “por razones políticas”⁵¹⁵. En cambio, en Estado Unidos es posible en tiempo de guerra o en situaciones asimiladas⁵¹⁶.

Las **incompatibilidades** se centran en torno a la pertenencia a alguna de las Cámaras.

⁵⁰⁷ Constitución de Portugal. Artículo 275. (Fuerzas Armadas).

⁵⁰⁸ Constitución de Grecia. Artículo 14.

⁵⁰⁹ Constitución de Grecia. Artículo 29.

⁵¹⁰ Constitución de Bélgica. Artículo 28.

⁵¹¹ Constitución de la República Federal de Alemania. Artículo 102.

⁵¹² Ley Constitucional Federal de Austria. Artículo 85.

⁵¹³ Constitución del Reino de los Países Bajos. Artículo 114.

⁵¹⁴ Constitución de Portugal. Artículo 24. (Derecho a la vida).

⁵¹⁵ Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo. Artículo 18: “La pena de muerte por razones políticas, la muerte civil y la marca son abolidas”.

⁵¹⁶ Constitución de los Estados Unidos de América. ENMIENDAS. ARTICULO CINCO. “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional, cuando se encuentren en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público”.

En Finlandia, los militares profesionales no son elegibles como diputados⁵¹⁷. En Grecia, los oficiales de las Fuerzas Armadas son inelegibles e incompatibles, porque para poder ser proclamados candidatos o ser elegidos diputados, se les exige dimitir⁵¹⁸. En Luxemburgo, el mandato de diputado es incompatible con las funciones de militar de carrera en servicio activo⁵¹⁹.

En los Países Bajos, los militares en servicio activo que acepten la condición de miembro de una de las Cámaras, quedarán en excedencia mientras lo sean, pero al finalizar esta, regresarán al servicio activo⁵²⁰.

También hay **otras precisiones** sobre los derechos y libertades, relacionadas con las Fuerzas Armadas o con la condición de sus miembros.

En Irlanda, el Estado garantiza “en la medida de lo posible, la defensa y protección de los derechos individuales de los ciudadanos”, sin embargo, no podrá invocarse esta garantía para “prohibir, controlar o interferir un acto de las Fuerzas Armadas durante la declaración de un estado de guerra o de rebelión armada”⁵²¹.

En Portugal, para ser privado total o parcialmente de libertad, es preciso que exista una “sentencia judicial condenatoria por la comisión de acto castigado por la ley con pena de prisión o la aplicación de una medida de seguridad”, pero la ley podrá exceptuar de la aplicación de este principio, por el tiempo y las condiciones que determine, para el caso de prisión disciplinaria impuesta a militares, aunque con la garantía de recurso ante el tribunal competente⁵²². En cualquier caso, habrá *habeas corpus*, en virtud de prisión o de detención ilegal, que será interpuesto ante el tribunal competente, según el caso⁵²³.

3.3. 4. RECAPITULACIÓN.

En general, las fuerzas armadas se mencionan en todos los textos constitucionales, pero su encuadre no es unitario. Normalmente se integran como

⁵¹⁷ Ley Constitucional de Finlandia. Artículo 27.

⁵¹⁸ Constitución de Grecia. Artículo 56.

⁵¹⁹ Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo. Artículo 54.

⁵²⁰ Constitución del Reino de los Países Bajos. Artículo 106. (Uno de los artículos del texto constitucional de 1972, que de momento siguen en vigor).

⁵²¹ Constitución de Irlanda. Artículo 40.

⁵²² Constitución de Portugal. Artículo 27 (Derecho a la libertad y a la seguridad).

⁵²³ Constitución de Portugal. Artículo 31 (*Habeas corpus*).

un elemento de la defensa nacional y, desde luego, no es común dedicarles un título o capítulo específico y tampoco tienen un tratamiento especialmente diferenciado que sugiera su inclusión entre las altas instituciones del sistema político.

También es cierto que, según el país, se percibe claramente la conexión entre el tratamiento constitucional de la fuerza militar y su realidad histórica, de manera que se regulan con más detalle en las Constituciones de aquellos países que han sufrido en su historia reciente la intensa participación política de las Fuerzas Armadas o una experiencia de guerra⁵²⁴.

Así, en Alemania se observa la articulación constitucional de un mecanismo para hacer frente a lo que en el texto se llaman “situaciones de defensa”, minuciosamente regulado y lejos de ambigüedades teóricas, como es propio de un país que ha sido muchos años frontera entre los bloques occidental y soviético. En Portugal, con un texto constitucional extenso, se trata con particular detalle lo relativo a la defensa nacional (Título X) y a sus Fuerzas Armadas, cuyo papel es sabido en el proceso revolucionario del que surgió el actual régimen. En otros países que no han sentido el peligro para la supervivencia de su sistema político de modo tan directo o próximo, el tratamiento de las fuerzas armadas es menos concreto (Suecia).

La composición de las fuerzas armadas no se suele detallar y no se especifican los Cuerpos o Ejércitos que las componen, siendo una cuestión que se deja al desarrollo legislativo, como tampoco se dan criterios para la organización.

No es frecuente encontrar en los textos constitucionales la enumeración explícita y tasada de la misión o misiones que se asignan a las fuerzas armadas, viniendo normalmente expresadas como una finalidad o propósito genérico.

En cambio, existe bastante coincidencia en atribuir el mando de las fuerzas armadas al Jefe del Estado (pleno o compartido), aunque el contenido y atribuciones que conlleva este mando no sean uniformes. En síntesis, en los países de régimen presidencialista (Estados Unidos), el mando de los ejércitos se vincula al Presidente; pero en aquellos en los que este carácter presidencialista

⁵²⁴ De esta opinión es también COTINO HUESO, Lorenzo: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, INAP, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.51.

está atenuado (Francia), el mando se distribuye entre el Presidente de la República y el Primer Ministro; mientras que en las monarquías parlamentarias, el mando efectivo le corresponde al Primer Ministro o Presidente del Gobierno.

La vinculación de la defensa nacional y las fuerzas armadas con el poder legislativo, sí ha merecido una regulación más precisa en los textos revisados.

Respecto a derechos fundamentales y libertades públicas, puede decirse que no abundan las referencias a las singularidades de su atribución y ejercicio por los miembros de las Fuerzas Armadas. Únicamente se observan restricciones o referencias a algún derecho concreto, pero no de una manera sistemática o genérica. En los países que mantienen el servicio militar obligatorio, se distingue entre los militares profesionales y los que no lo son; para los primeros la restricción de algunos derechos es permanente, para los segundos se restringe o suspende el ejercicio de alguno solo durante la permanencia en filas (expresión, reunión, petición colectiva). Normalmente, la regulación de los derechos y libertades de los militares se reserva al desarrollo legal.

Las incompatibilidades se centran en torno a la pertenencia a alguno de los órganos del poder legislativo.

3.4. EL MODELO DE FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

Durante los años 1977 y 1978 se produjeron **tres procesos** que actuaron en paralelo y que aunque perseguían un objetivo común como era la **adaptación** de las Fuerzas Armadas a los nuevos tiempos, siguieron métodos, ritmos y procedimientos diferentes.

El primero en iniciarse fue la transformación desde el Gobierno, en vía administrativa, cuyo hito inicial cabe situarlo en la unificación de los tres ministerios existentes y el nombramiento del general Gutiérrez Mellado como Ministro de Defensa (junio 1977). En el paso de los tres ministerios tradicionales de la época de Franco, de los ejércitos de tierra, mar y aire a un único ministerio de defensa, hay que ver algo más que la mera adición de elementos afines, porque era el comienzo de la transformación del concepto de defensa y de la

adaptación de las fuerzas armadas al nuevo Estado social y democrático de derecho, para lo que desde el Gobierno, el Vicepresidente y Ministro general Gutiérrez Mellado se entregó a una actividad reguladora frenética⁵²⁵.

El segundo proceso y más relevante a los efectos de este trabajo, fue el tratamiento que se daría a las fuerzas armadas en el nuevo texto fundamental. La singularidad del tratamiento constitucional de nuestras Fuerzas Armadas ha sido objeto de intenso debate, ya que en los textos de los países del entorno no es frecuente encontrar especial atención a estas. En general, puede aceptarse que esta singularidad de la ordenación de la defensa proviene del complejo proceso de la transición política española, que nace de un poder de reforma que se apoya en instrumentos o instituciones del sistema político anterior y que en consecuencia arrastra ciertas adherencias como puede ser el reconocimiento e incorporación al texto constitucional de aquella *realidad fáctica* que eran las fuerzas armadas⁵²⁶.

Fernández Segado⁵²⁷ atribuye el caso español a varias circunstancias; primera, las peculiaridades de la transición política, con la quiebra del sistema anterior mediante los mecanismos previstos en el mismo, el mando supremo militar que el Rey ejercía y, en suma, la realidad fáctica del momento; segunda, la relevancia de las misiones asignadas, que explican su ubicación en el Título Preliminar; tercera, la naturaleza institucional de las Fuerzas Armadas, que identifica con ese *algo más* que incluso el sector doctrinal que defiende su naturaleza administrativa, les concede.

⁵²⁵ Como por ejemplo, la Orden de 30 septiembre 1977, que regulaba la adquisición de medios de difusión por Organismos militares, la Orden de 19 Noviembre sobre la difusión de ideas por los componentes de las Fuerzas Armadas, el Real Decreto 2723/1977 de 2 de noviembre por el que se estructuraba orgánica y funcionalmente el Ministerio de Defensa, etc.

Aunque el proceso de control de las Fuerzas Armadas ya había dado anteriormente pasos significativos como el Real Decreto Ley 10/1977 de 8 febrero, que regulaba el ejercicio de actividades políticas y sindicales por los miembros de las FAS con carácter muy restrictivo y que estuvo vigente hasta la Ley 17/1989 de 19 julio, que lo derogó.

Para una visión panorámica de los cambios legislativos acometidos durante la transición en materia militar, puede verse una síntesis clara en BUSQUETS, Julio: "La legislación militar en la transición española (1977-82)", *Revista de las Cortes Generales* n.º. 22. Primer cuatrimestre, 1991, pp. 153-182.

⁵²⁶ "...en la España real de hoy" (Herrero de Miñón). "...en los temas de defensa, los hechos priman" (Luis Solana). Pleno del Congreso de 5 de julio 1978.

⁵²⁷ Fernández Segado, resume y extracta con claridad las diferentes posiciones doctrinales a este respecto (Díez Alegría, López Garrido, Fernando López Ramón, Sánchez Agesta, Entrena, Martínez López-Muñiz, Casado Burbano, Fernández Fontecha, De Otto, Trillo-Figueroa, Elorriaga,

Cotino Hueso⁵²⁸ estima que la constitucionalización peculiar de lo militar y la defensa en la Constitución de 1978 nace del peso de los militares en la transición política, puesto que el advenimiento del régimen democrático resultaba admisible siempre que se respetara la posición del Ejército en el Estado. Pero la acción ágil y conjunta del poder civil, el papel del Rey a favor de un régimen democrático, como Jefe supremo de las Fuerzas Armadas según el Artículo sexto de la Ley Orgánica del Estado 1/1967 de 10 enero (LOE) y la habilidad del presidente Suárez, fueron orillando las dificultades pese a las reticencias. Aunque para evitar enfrentamientos graves con la cúpula militar, se hicieron algunas concesiones en el texto constitucional, “a modo de halago”, ubicando las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar y no en el Título IV (Del Gobierno y la Administración) que parecía corresponderles con mejor criterio, por lo que considera a nuestra Carta deudora de la existencia de un poder militar en el momento de su elaboración.

Finalmente, desde dentro de las propias Fuerzas Armadas, también se produjo un importante proceso de adaptación simultáneo a los anteriores cuyo hito más significativo tuvo lugar en el segundo semestre del año 1978, con la redacción de unas nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que serían votadas y sancionadas como Ley 85/1978 de 28 de diciembre.

En una primera aproximación, observando las referencias a lo militar que aparecen en el texto de la vigente Constitución española, se aprecia que son considerables, ya que podemos afirmar que en torno a un diez por ciento de sus artículos abordan alguna cuestión referente a las Fuerzas Armadas, a sus miembros o a supuestos en los que esté prevista su participación⁵²⁹.

Guaita, Barcelona Llop, Suárez Pertierra, de Esteban). FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. pp. 29 ss.

⁵²⁸ Véase COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit. pp. 57-67.

⁵²⁹ Con mención explícita o implícita, se observan trece Artículos:

Artículo 8. Sobre la misión y organización de las Fuerzas Armadas.

Artículo 15. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra. (Véase Ley Orgánica 11/1995, de 27 noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra).

Artículo 26. Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales.

Artículo 28. Derecho a sindicarse, pudiendo la ley limitar o exceptuar su ejercicio a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar.

Artículo 29. Derecho de petición, que los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.

3.4.1. ELEMENTOS BÁSICOS PARA LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS.

En las constituciones históricas españolas no es frecuente ver que las Fuerzas Armadas cuenten con un artículo propio sobre su composición y misiones, siendo más común encontrar referencias dispersas por el texto, como las relativas a la fijación anual de la fuerza militar o la posibilidad de disposición sobre la misma. La más explícita fue la Constitución de 1812 que declaraba la existencia de una fuerza militar permanente, al tiempo que le fijaba las misiones de defensa exterior del Estado y de conservación del orden interior (Artículo 356 CE1812). Pero las siguientes Constituciones (1837, 1845, 1869 y 1876) se limitaron a señalar que las Cortes fijarían anualmente la fuerza militar permanente, manteniendo las mismas misiones y atribuyendo al Rey la facultad de disposición sobre la fuerza armada. La Constitución republicana de 1931 silenciaba las misiones de la fuerza armada, por lo que el precedente más

Artículo 30. El derecho y el deber de defender a España. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia.

Artículo 62. Corresponde al Rey: f) Conferir los empleos militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes. h) El mando supremo de las Fuerzas Armadas.

Artículo 65. 2. El Rey nombra y releva libremente a los miembros militares de su Casa.

Artículo 70.1. Las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores comprenderán, en todo caso: e) A los militares profesionales en activo.

Artículo 94. 1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los: b) Tratados o convenios de carácter militar.

Artículo 97. El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado.

Artículo 117. 5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

Artículo 149. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 4.^a Defensa y Fuerzas Armadas.

Por otra parte, aunque no se mencionan las Fuerzas Armadas ni se exceptúan del ejercicio del derecho de asociación a los militares, el **Artículo 22** que recoge este derecho fundamental ya ha generado una interesante jurisprudencia constitucional. (Véase, por ejemplo, STC 219/2001 de 31 octubre 2001). Y en el **Artículo 25.3** en sentido contrario, se entiende que la Administración militar no tiene prohibido imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Por el **Artículo 63.3** corresponde al Rey, previa autorización de las Cortes, declarar la guerra y hacer la paz. También existe la previsión de regular, por vía de ley orgánica, los estados de alarma, excepción y sitio que contiene el **Artículo 116**, situaciones en los que el elemento militar tiene peso específico.

Por lo que podemos afirmar que un diez por ciento de los artículos de la vigente Constitución española abordan alguna cuestión referente a las Fuerzas Armadas, a sus miembros

próximo habrá que buscarlo en el Artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado (1967). En el ámbito comparado hay que remitirse a las constituciones iberoamericanas, porque en nuestro entorno europeo occidental son escasas las normas constitucionales que prestan una atención especial a las Fuerzas Armadas.

3.4.1. a. **Carácter de las Fuerzas Armadas.**

Durante el proceso constituyente, el Artículo 10 del Anteproyecto y actual Artículo 8 CE no sufrió modificaciones sustanciales en cuanto a su contenido, en cambio se debatió con cierta intensidad respecto a su ubicación definitiva en el texto constitucional, aunque mantuvo prácticamente inalterada su redacción original⁵³⁰.

El **debate** sobre el carácter de las Fuerzas Armadas lo promovió un sector de los diputados de las Cortes constituyentes que opinaba que aquellas solo eran una parte más de la Administración del Estado, por lo que **no cabía mencionarlas en el Título Preliminar**, ya que esto suponía una anormal distinción respecto al resto de la Administración, en redundancia además con el actual Artículo 97 CE que atribuye al Gobierno la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado⁵³¹.

En el mismo sentido, también se defendió la exclusión por razones políticas de peso, ya que la ubicación en el Título Preliminar podía sugerir la alineación de

o a las materias en que esté prevista su participación.

⁵³⁰ Véase en SÁINZ MORENO, Fernando y HERRERO DE PADURA, Mercedes: Edición preparada por, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, 4 volúmenes (2ª edición), Madrid, 1989, pp. 5318-5319.

⁵³¹ El Sr. Letamendía Belzunce, formuló una enmienda (E.64) solicitando la supresión del Artículo 8, fundándose en varias razones:

- El Ejército es un sector de la Administración, un agente del Estado y su misión es obedecerlo, por lo que "dedicar a la misión del ejército un artículo del Título Preliminar que contiene los principios generales de funcionamiento del Estado equivale a situar al Ejército en un rango distintivo, superior a los demás sectores de la Administración, situación que me parece anormal".
- Estimaba que el encaje idóneo del precepto era el Título IV del Anteproyecto, dedicado al Gobierno y la Administración, considerando incluso que este artículo podía ser redundante con el 90 del Anteproyecto (actual 97 CE).
- Aun siendo lógico que las funciones del Ejército se desarrollaran por ley orgánica, el lugar adecuado de este artículo era el Título IV, junto con las Fuerza de Orden Público.

un poder más junto a los tradicionales ejecutivo, legislativo y judicial, poderes que además no se mencionaban en este Título, lo que configuraba un cuadro anormal en un Estado de Derecho, sin precedentes en las Constituciones occidentales ni en las históricas españolas⁵³².

Incluso se estimaba que el Artículo 8 CE parecía distorsionar las líneas maestras del ordenamiento constitucional de la defensa, porque la atribución del mando supremo del Artículo 62,h CE podría interpretarse de distinta manera según se ponga en relación con el Artículo 97 o con el Artículo 8 del mismo texto. En el primer caso, el mando se mantiene en el plano de lo simbólico y la ordenación de la defensa queda en manos del Gobierno. Pero si se refiere al Artículo 8,

“...parece producirse una cierta separación entre las competencias de ordenación de la defensa del Gobierno y la función garante de las Fuerzas Armadas cuyo último vértice jerárquico –el Rey- estaría obviamente excluido del pluralismo político expresado en los órganos representativos”⁵³³.

El problema presentaba dos facetas, una por la ubicación del Artículo 8 en el Título Preliminar, que es un bloque normativo especialmente reforzado por el Artículo 168 CE y otra por su misma redacción, que convertía a las Fuerzas Armadas en defensoras del ordenamiento constitucional, lo que “supondría situar a las Fuerzas Armadas en una posición de órgano supremo, por encima de la tríada de poderes y solo sujetas, por un vínculo jerárquico interno, al jefe del Estado”⁵³⁴.

La fracción **favorable a mantener el Artículo 8** en el Título Preliminar, se fundaba en que en este residían las claves del sistema que mediante el texto constitucional se estaba construyendo, los grandes elementos del aparato del Estado, del que las Fuerzas Armadas son una pieza clave, por lo que estaba

Véase el Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, año 1978, nº.67. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Sesión nº.6, celebrada el martes 16 mayo de 1978, p. 2375.

⁵³² En este sentido se expresaba el Sr. Bandrés Molet en su voto particular al Artículo 8, apoyado, en cuanto a la referencia a la inexistencia de precedentes, por el Sr. Satrustegui Fernández. Véase el Diario de Sesiones del Senado, año 1978, nº.59. Sesión Plenaria nº.33, celebrada el martes 26 septiembre de 1978, p. 2943 y p.2945.

⁵³³ PORRAS NADALES, A: “Ordenamiento de la Defensa, poder militar y régimen constitucional en España”, *Revista de Estudios Políticos* nº.35, septiembre-octubre 1983, p.226.

⁵³⁴ PORRAS NADALES, A: “Ordenamiento de la Defensa...”, cit. p. 226.

justificado que se mencionaran aquí. Por otra parte, aunque cualquier órgano de la Administración del Estado debe defender el ordenamiento constitucional, a las Fuerzas Armadas se les atribuye su última garantía, lo que enlaza con la asignación de su mando supremo al propio Jefe del Estado, con independencia de que el carácter parlamentario del sistema ubique las decisiones políticas efectivas en el órgano de refrendo.

En principio, la misma expresión “Fuerzas Armadas” adoptada en el texto constitucional en sustitución de los Ejércitos indicaba una intención de separar el conjunto de la simple suma, de modo que las Fuerzas Armadas presentan un componente sinérgico que les configura como algo distinto de la adición de los tres ejércitos, lo que puede interpretarse como una razón para que figuren en el Título Preliminar junto a los otros actores sociales constitucionalmente relevantes como son los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales, que les preceden en el texto⁵³⁵.

En la misma línea favorable, pero desde un punto de vista más realista, se adujo que el planteamiento del sistema de poderes, tal como lo formuló Montesquieu, era un concepto a revisar, puesto que en la realidad actual no están distribuidos como cabría esperar, ni son solo tres, ya que en la práctica juega ese cuarto poder que configuran los medios de comunicación, o las organizaciones sindicales o patronales, además del control último del sistema por parte del partido político que reúna la suficiente mayoría parlamentaria y, en este esquema revisionista es donde entrarían las Fuerzas Armadas, por lo que su ubicación en el Título Preliminar, se estimaba correcta.

“Algo hay,[...] que indica que, la opinión generalizada de los hombres de nuestra época es que en el juego de poderes que hay en nuestra sociedad,[...], existen unas realidades fundamentales dentro de esa ordenación de poder que entiendo que es de buen sentido tratar de asumir en una Constitución”⁵³⁶.

⁵³⁵ Trillo-Figueroa dice que el término Fuerzas Armadas se acuñó en la década de los años sesenta para aunar en una misma institución a dos elementos heterogéneos como eran Ejército y Fuerzas de Orden Público, que empleaban la fuerza armada y tenían misiones comunes, según la Ley Orgánica del Estado. Véase TRILLO-FIGUEROA MARTINEZ-CONDE, F.: “Las Fuerzas Armadas en la constitución española...”, cit. p.110.

⁵³⁶ En síntesis, esta es la explicación del Sr. González Seara de porqué debía mantenerse el Artículo 8 en el Título Preliminar. Véase el Diario de Sesiones del Senado, año 1978, nº.59. Sesión Plenaria nº.33, celebrada el martes 26 septiembre de 1978, p. 2945.

En cualquier caso, el texto constitucional no dice lo que son las Fuerzas Armadas, pues el Artículo 8 entra directamente a detallar su composición y a sentar la necesidad de regular su organización mediante ley orgánica.

Está directamente relacionada con este Artículo 8, de cuyo apartado segundo es desarrollo necesario, la Ley Orgánica 5/2005 de 17 noviembre, de la Defensa Nacional (LODN)⁵³⁷, como también lo está la Ley 85/1978 de 28 de diciembre, por la que se aprobaron las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y cuya elaboración fue simultánea con el tramo final de la Constitución.

3.4.1. b. **El debate multidisciplinar sobre la auténtica naturaleza de las Fuerzas Armadas.**

Una cuestión que subyace y que no fue aclarada en el debate constituyente, condicionado por la búsqueda del consenso, es la de si las Fuerzas Armadas y la Administración militar son algo distinto o la misma cosa reiterada. Parecía que la idea general era que las Fuerzas Armadas formaban parte de la Administración, pero también se mantuvo que eran “algo más” que simple Administración pública⁵³⁸.

Como se ve, la discusión sobre la verdadera naturaleza de las Fuerzas Armadas españolas comenzó en el proceso constituyente. Sobre la base de la interpretación del Artículo 8 CE y su ubicación en el texto constitucional, cabe ver a las Fuerzas Armadas como una de las Instituciones del Estado. En cambio, desde el punto de vista del Artículo 97 CE parecen una parte más de la Administración.

Entre las aproximaciones que se han hecho al problema, destacan las procedentes del campo de la **sociología**, disciplina cuyo interés por lo militar se manifiesta pujante tras la segunda guerra mundial, de manera particular en el área anglosajona⁵³⁹.

⁵³⁷ Cuya disposición derogatoria única, deroga la Ley Orgánica 6/80 de 1 de julio, reguladora de los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, modificada por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero.

⁵³⁸ Véase en MOZO SEOANE, A.: “Las Fuerzas Armadas y su ordenamiento jurídico (Una relectura del debate sobre el Artículo 8 de la Constitución)”, *Revista Española de Derecho Militar* n.º.65, enero-junio 1995, pp. 609-611.

⁵³⁹ En la década de 1950 solo un 3% de los artículos podían clasificarse como de sociología militar y en los sesenta aún se dedicaba poco espacio a estos temas. Muestra del crecimiento del interés

Uno de los aspectos más estudiados es el de los modelos sociológicos de militar profesional y la organización militar, desde la perspectiva de su eficacia y adecuación a la modernidad y nuevas tecnologías.

Hay dos corrientes fundamentales en la sociología militar, cuyos referentes básicos están en los trabajos de Huntington⁵⁴⁰ y Janowitz⁵⁴¹. Ambos comparten la perspectiva de conjunto, que en síntesis es “que el oficial de carrera es miembro de una profesión que posee ciertas características que podrían contribuir a la eficiencia y la responsabilidad”⁵⁴². Pero son las diferencias entre estos autores las que han alumbrado las cuestiones problemáticas sobre el concepto de la profesión militar.

En líneas generales, la visión del militar profesional se corresponde con la de su modelo de organización.

Huntington sostiene que la profesión militar está completamente desarrollada, porque posee las tres características principales que definen a cualquier profesión: destreza, corporativismo y responsabilidad. Características moduladas por el hecho de desarrollar sus actividades en el seno de una comunidad política, aunque prescindiendo de cualquier preocupación o consideraciones ajenas a lo militar, así

“... su profesionalismo se puede resumir como su experto dominio sobre la violencia mortífera, un sentimiento de identidad corporativo y una responsabilidad fundamental con respecto a una comunidad política más amplia”⁵⁴³.

Huntington solo engloba dentro del concepto profesional a los oficiales “consagrados al experto dominio de la administración de la violencia”, descartando por tanto a los especialistas, miembros de los Cuerpos Comunes, etc. Así que el militar profesional es, sobre todo, obediente y leal hacia la autoridad del Estado; competente en lo militar; dedicado, utilizando sus

académico por el tema de las relaciones entre Fuerzas Armadas y sociedad es que si en 1972, la bibliografía era de unos 1200 asientos, en 1981 ya ascendían a unos 6000. La amplia selección de reseñas bibliográficas comentadas (577) contenidas en “Las fuerzas armadas y la sociedad”, pretende indicar las tendencias futuras en el estudio de la relación citada. Véase en HARRIES-JENKINS & C. MOSKOS: *Las fuerzas armadas y la sociedad*, cit.

⁵⁴⁰ En particular, HUNTINGTON, Samuel P: *The soldier and the state: The theory and politics of civil-military relations*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1957.

⁵⁴¹ En particular, JANOWITZ, Morris: *The professional soldier*, Free Press, Nueva York, 1960/1971.

⁵⁴² HARRIES-JENKINS & C. MOSKOS: *Las fuerzas armadas y la sociedad*, cit. p. 51.

⁵⁴³ HARRIES-JENKINS & C. MOSKOS: *Las fuerzas armadas y la sociedad*, cit. p. 51.

habilidades en pro del Estado; neutral, en política y moral. Su compromiso se cimienta sobre una ética militar, que comprende un conjunto de valores y actitudes, que se le han inculcado, que configuran una especial mentalidad, que Huntington resume como “realista y conservadora”.

Esta **corriente divergente**, personalizada en Huntington, sostiene que para la eficacia militar es preciso que este colectivo posea unos valores diferentes a los de la sociedad civil, configurando un modelo institucional en el que las fuerzas armadas se distancian de la sociedad, con un concepto estricto de los valores militares y un mínimo reconocimiento de los derechos y libertades para el militar. El sistema retributivo no se ajusta al sistema de mercado, puesto que existen retribuciones en especie. Se fomenta el corporativismo y entre las funciones de las fuerzas armadas se considera la de una especie de guarda y custodia de las esencias patrias, incluso al margen de la voluntad democrática.

En cambio, **Janowitz** contempla el cuerpo de oficiales como un sistema social cuyas características evolucionan con los tiempos. Son características del oficial profesional, el dominio basado en la experiencia, el aprendizaje prolongado, la identidad de grupo, la actitud ética y ciertas pautas de actuación. Piensa que su organización no responde a un modelo estático, sino dinámico y burocrático, que cambia en el tiempo según lo hacen las condiciones ambientales, en una transformación a largo plazo que tiende a la convergencia con las estructuras y normas civiles, cediendo el esquema “guerrero-heroico” a favor de un modelo de función “directiva-administrativa”, de manera que las fuerzas armadas se parecen cada vez más a otras grandes instituciones burocráticas no militares.

La **corriente convergente**, personalizada en Janowitz, sostiene la necesidad de que la Institución militar se aproxime hacia la sociedad civil, configurando un modelo ocupacional que se distingue por su flexibilidad para adaptarse a los cambios. El sistema retributivo se ajusta al sistema de mercado, tendiendo a considerar al militar como un funcionario. La neutralidad militar se le exige a la Institución, en tanto que a sus miembros se les reconocen la mayoría de derechos y libertades.

Existe al menos una tercera corriente, que trata de combinar ambas y apuesta por un tercer modelo, llamado plural, que defiende la existencia de un

continuo entre los dos extremos anteriores⁵⁴⁴. En el **modelo plural**, la organización combina ambas tendencias, institucionales y ocupacionales. Pero más que una visión ecléctica, lo que intenta este modelo es aplicar los dos anteriores en función del segmento de las Fuerzas armadas que se trate. Así, a los profesionales más estrechamente relacionados con las funciones de combate se les aplicará el modelo institucional (Armas combatientes del Ejército de Tierra y Armada) y a los demás, el ocupacional (Ejército del Aire y Cuerpos técnicos)⁵⁴⁵.

Para rebatir esta opinión, Janowitz defiende la validez del modelo profesional como representativo de la realidad de las fuerzas armadas, ya que es posible simultanear el compromiso institucional con las fuerzas armadas, con la preocupación por la calidad de vida individual, que incluye el trato ecuánime y el equilibrio entre derechos y deberes⁵⁴⁶.

Aunque inicialmente se clasificó al Ejército español como institucional,

“...la remodelación estructural que se ha llevado a cabo y el proceso de profesionalización, parece delatar que la tendencia definitiva de las fuerzas armadas españolas lo es hacia un modelo ocupacional convergente con la sociedad⁵⁴⁷”.

En España, la **polémica doctrinal** sobre la naturaleza jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas viene desde la década de los ochenta y aún continúa abierta.

Un grupo de autores mantiene la tesis, que llamaremos tradicional, de que las Fuerza Armadas **son** una **Institución** del Estado en sentido pleno, tanto jurídico como sociológico. Si bien es cierto que el grupo no mantiene una postura uniforme, ya que abarca desde los radicalmente institucionalistas hasta los partidarios de un carácter institucional adaptado al caso del vigente texto constitucional⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ Moskos estimaba que eran dos concepciones alternativas de la organización militar, en un continuo cuyos polos eran el egoísmo (ocupacional) y el sacrificio abnegado (institucional). MOSKOS, Charles C: “From institution to occupation: Trends in military organization”, *Armed Forces and Society*, 4, 1978, pp.41-50.

⁵⁴⁵ Véase COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit. pp. 67-72.

⁵⁴⁶ JANOWITZ, Morris: “From institutional to occupational: The need for conceptual continuity”, *Armed Forces and Society* 4, 1978, pp.51-54.

⁵⁴⁷ COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit. p.76.

⁵⁴⁸ Entre los primeros se puede citar a TRILLO-FIGUEROA MARTINEZ-CONDE, F.: “Las Fuerzas Armadas en la constitución española...”, cit. pp.105-107. Entre los últimos, LÓPEZ GARRIDO, Diego: “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, *Revista de Administración Pública*, nº.100-102, 1983, pp.949 ss.

Otros postulan que las Fuerzas Armadas **son** pura y simplemente **administración** y que no cabe admitir que tengan sus propias reglas que puedan chocar con las administrativas comunes o que incluso afecten al sistema de mando y control establecido por la Constitución o, en el plano individual, que modulen el ejercicio de los derechos fundamentales de sus miembros⁵⁴⁹. Esta tesis administrativista es más uniforme y mantiene que las Fuerzas Armadas son una parte más del Ejecutivo⁵⁵⁰.

En una posición **intermedia** se sitúan quienes distinguen entre Administración militar, que sería eso, administración, y Fuerzas Armadas, que sí serían una institución social. Se ha visto una justificación para esta postura institucional en el intercambio del principio monárquico por el principio democrático, es decir, que el estrecho vínculo que existía en el Antiguo Régimen entre Rey y Fuerzas Armadas, se establece ahora entre estas y el pueblo, cuestión que ya se planteó en los debates constituyentes⁵⁵¹.

También hay quienes sin decantarse por ninguna de las dos tesis anteriores toman elementos de ambas, formulando una postura **ecléctica**, o incluso quien critica ambas o sus combinaciones, por insuficientes para delimitar la verdadera naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas⁵⁵².

Entre los institucionalistas aún se distinguen dos corrientes, la de influencia francesa o italiana, que siguen los conceptos de institución de Haouriou y Santi Romano, y la de influencia alemana, que aceptan la teoría de la garantía institucional⁵⁵³, que aplicada al caso de las Fuerzas Armadas, significa que su núcleo indisponible y caracterizador está en el propio Artículo 8 CE configurado por sus misiones, composición y pautas de organización.

⁵⁴⁹ En este sentido véase PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. p. 53.

⁵⁵⁰ Entre otros, señaladamente defiende esta tesis LÓPEZ RAMÓN, Fernando: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

⁵⁵¹ Véase el Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, año 1978, nº.67. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Sesión nº.6, celebrada el martes 16 mayo de 1978; nº. 104 de 5 julio 1978; nº. 59 de 26 septiembre 1978.

⁵⁵² Entre lo primeros, se puede citar a Rodríguez Villasante. La postura crítica es sostenida por Suárez Pertierra. Véase en PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp.54-57.

⁵⁵³ En esquema, esta teoría se basa en la idea de que determinadas instituciones están dotadas de un cierto blindaje ante la absoluta disposición por el legislador, que podrá modificar ciertos elementos no esenciales, pero que siempre mantendrán un núcleo indisponible en el que radican los elementos esenciales de la institución que la caracterizan y dotan de una imagen propia.

La jurisprudencia constitucional, si bien evita llamar institución a las Fuerzas Armadas, no puede impedir que esta idea se manifieste de manera latente o explícita en sus sentencias, a la hora de diferenciar el ámbito militar del civil⁵⁵⁴.

Sin ánimo exhaustivo, ilustrará lo hasta ahora tratado una breve selección cronológica de **algunas posiciones doctrinales** defendidas al respecto.

Trillo-Figueroa estima que, desde una perspectiva jurídica, las Fuerzas Armadas solo pueden considerarse como una Institución del Estado de carácter constitucional para la Defensa Nacional, “en la que engarzan el pueblo y los Ejércitos bajo la jefatura de la Corona”⁵⁵⁵.

Garrido Falla considera que los principios constitucionales de legalidad, eficacia y profesionalidad, predicables de la Administración en general pero potenciados en el ámbito de la militar, son suficientes para considerar a esta como Institución⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ STC 44/83 de 24 mayo, FJ 1. “El valor primordial que la subordinación jerárquica y la disciplina tienen en la institución militar hacen que en su ámbito el procedimiento disciplinario no pueda, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar”.

STC 72/1994 de 3 marzo, FJ 5 (Cuestión de constitucionalidad). “Este Tribunal ha admitido que los rasgos organizativos del ejército -inherentes a su función- justifican peculiaridades del régimen penal penitenciario del personal que lo integra, cuando se demuestra adecuadamente la conexión entre la diferencia de trato examinada y la salvaguardia de aquellos valores, imprescindibles para que la institución militar conserve sus perfiles”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional delimitó su concepto de garantía institucional en STC 32/1981 de 28 julio, FJ 3 : “El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador.[...] Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. [...] En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace”.

⁵⁵⁵ Véase TRILLO-FIGUEROA MARTINEZ-CONDE, F.: “Las Fuerzas Armadas en la constitución española...”, cit. p.111.

⁵⁵⁶ Véase en GARRIDO FALLA, Fernando, CAZORLA, Luís M., GÁLVEZ, F. Javier, SANTAMARÍA, Juan A., ENTRENA, Rafael, RECORDER, Emilio, SANTAOLALLA, Fernando, ENTRENA, Ramón, SERRANO, José M: *Comentarios a la Constitución*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1985, p.126.

En afortunada expresión de Herrero Rodríguez de Miñón, las Fuerzas Armadas “son Administración Pública, pero son algo más”⁵⁵⁷. La configuración de este *algo más* es deducible de indicios como la propia misión de defensa del ordenamiento constitucional, que el Artículo 8 CE atribuye expresamente a las Fuerzas Armadas y a ningún otro organismo de la administración. Pero la distinción se entorpece porque en el mismo texto se utiliza la expresión “Administración militar” (Artículo 97 CE), a la que la doctrina ha asignado distintas acepciones, que se pueden resumir en dos, una que considera la Administración como mero órgano auxiliar, instrumental o doméstico y otra que, por el contrario, ve la Administración militar como un órgano diferenciado de las Fuerzas Armadas⁵⁵⁸. Así que, a efectos prácticos, el *algo más* se traduce en el carácter especial de la Administración militar, puesto que los Ejércitos no son algo ajeno a la Administración del Estado, por lo que cabe identificar Administración militar con Fuerzas Armadas, al menos desde el punto de vista de la organización. Los Artículos 8, 97 y 103 CE sientan los principios básicos de que la Administración está sometida a la ley (Artículo 103) y las Fuerzas Armadas o Administración militar están bajo la dirección del Gobierno (Artículo 97).

Herrero Rodríguez de Miñón utiliza la categoría de “orden concreto” como criterio interpretativo, con énfasis en los valores peculiares de las Fuerzas Armadas, cuya posible no coincidencia con los de la sociedad civil aumentaría su capacidad y eficacia para servirla.

“Es el orden concreto, como entramado de relaciones constitutivas de un conjunto, lo que permite entender la índole de las Fuerzas Armadas y también, dicho sea de paso, de la administración civil y de sus grandes

⁵⁵⁷ Esta es la síntesis de la argumentación general del Sr. Herrero Rodríguez de Miñón, en contra de la enmienda (E.64) defendida por el Sr. Letamendía.

En esta línea, el Sr. Fraga, refundiendo otras tres enmiendas se manifestó a favor de mantener el Artículo 8 en el Título Preliminar, por entender que las Fuerzas Armadas “obedientes como deben ser, no son igual que un negociado del Ministerio de Hacienda o cualquier otro departamento de la Administración local”.

Véase el Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, año 1978, nº.67. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Sesión nº.6, celebrada el martes 16 mayo de 1978, pp. 2375-2377.

⁵⁵⁸ “Según la acepción más reducida, la Administración militar no comprende a los Ejércitos, sino que desempeña una función auxiliar para asegurar el funcionamiento de las unidades y servicios y dotarles de medios de acción. Una segunda acepción entiende por Administración militar la infraestructura que las Fuerzas Armadas, su organización estática, mientras que las Fuerzas Armadas en sentido propio serían la organización dinámica”. Véase en GARRIDO FALLA y OTROS: *Comentarios a la Constitución*, cit. p.118.

cuerpos si estos han de conservar el espíritu diferencial que garantiza su capacidad de servicio”⁵⁵⁹.

Fernández Segado afirma el carácter institucional de la Fuerzas Armadas, cuyas notas son⁵⁶⁰:

- Reúnen los rasgos característicos de cualquier sociedad, puesto que son un conjunto delimitado frente al exterior, cuyos miembros tienen un sentimiento corporativo y conciencia de grupo, no exento de un cierto y tradicional aislamiento respecto al conjunto de la sociedad.
- Tienen un código de valores específico.
- La Institución se basa en una idea-fuerza cual es la defensa militar de España, que es su razón de ser.
- Tienen una alta valoración de su misión, no exenta de cierta autosuficiencia.
- Poseen su propio ordenamiento jurídico.
- Requieren una forma específica de organización y un régimen jurídico singular para sus miembros, en razón de su necesidad de eficacia.

Escribano Testaut⁵⁶¹, señala que la polémica doctrinal entre el carácter institucional o administrativo de las Fuerzas Armadas encubre una visión distinta de la naturaleza de los Ejércitos, que se proyecta sobre la elaboración e interpretación del ordenamiento jurídico aplicable. Resume las características de las corrientes ya vistas en que una “institución” se legitima en términos de valores, mientras que una “ocupación” lo hace en términos de mercado. Considera que las consecuencias de la adopción de uno u otro enfoque son relevantes para la configuración jurídica de las Fuerzas Armadas, al manifestarse en aspectos como la legitimidad, porque en la institución sus miembros tienen un claro componente vocacional, mientras que por el contrario, en una ocupación prima la eficacia. El compromiso es mayor en la institución, con mayor permanencia en su seno, concediéndosele un valor relativo a los aspectos económicos y laborales. El

⁵⁵⁹ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, *Revista de Derecho Político*, nº.43, 1988, p. 26.

⁵⁶⁰ A su juicio, estas fueron razones que atendieron los constituyentes para incluir el tratamiento constitucional de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar. Véase FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. pp. 41-43.

⁵⁶¹ ESCRIBANO TESTAUT, P: “La carrera militar tras la Ley 17/1989”, *Revista Española de Derecho Militar* nº.71, enero-junio 1998.

componente monetario de las retribuciones tiene importancia secundaria, aunque la institución admite la existencia de complementos de menor cuantía, por especial dedicación o penosidad. El rango y la antigüedad, con vista a fortalecer la identificación con la institución, priman frente a la capacidad específica para el puesto. La valoración personal se basará en la noción de servicio, con evaluaciones cualitativas y subjetivas, frente a los estándares numéricos o cuantitativos ocupacionales. La disponibilidad total para el servicio, prevalecerá frente al interés particular.

En cualquier caso, ambos aspectos, institucional y ocupacional, conviven y se interrelacionan dentro de las Fuerzas Armadas. La importancia de la distinción está en que quienes sostienen una visión u otra, pueden trasplantarla a la configuración jurídica de las Fuerzas Armadas a través de la política legislativa, siendo muy distinta la legislación resultante en función del punto de vista adoptado, legislación que hasta ahora se había configurado históricamente desde una visión institucional.

El problema es que si bien este concepto institucional es útil para comprender una realidad, no sirve para identificar o construir un régimen jurídico determinado, porque existe un forcejeo conceptual en torno a ese *algo más* que diferencia al militar del simple funcionario⁵⁶².

Alli Turrillas⁵⁶³, considera que las Fuerzas Armadas son una institución, desde el punto de vista sociopolítico, pero desde el punto de vista jurídico son una Administración especial. Sostiene que ambas facetas, institucional y administrativa, pueden presentarse simultáneamente porque se explican y complementan mutuamente y que la única explicación que basta para la presencia del Artículo 8 CE en el Título Preliminar, es la enorme importancia de las misiones que tiene encomendada la institución militar.

La consecuencia lógica de este carácter de Administración especial es la aplicación del derecho administrativo a las Fuerzas Armadas, encuadrando al militar entre los servidores públicos, como un funcionario sometido a un régimen administrativo funcional, cuyo marco jurídico estaba en la Ley 17/1999 de 18 de

⁵⁶² Aunque en la STC 116/87 de 7 julio, se utiliza la expresión “funcionarios militares”. Parada Vázquez hace interesantes consideraciones, a este respecto, sobre la función pública militar en su Prólogo a ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit.

⁵⁶³ ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit. pp. 625-626.

mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas (LRPFAS), ahora derogada por la Ley de la Carrera Militar.

La asimilación simple de la figura del militar a un funcionario especializado es un concepto que se resiste, porque la razón última de la existencia de la fuerza militar es la defensa del Estado por vía de la confrontación bélica. Esto exige ciertas adaptaciones en el régimen administrativo de las Fuerzas Armadas, por la necesidad de conseguir la mayor eficacia buscando la excelencia, de manera que la organización estará fuertemente jerarquizada, disciplinada y unida. Por otra parte, a un funcionario común, no se le exige que arriesgue y, si es necesario, pierda su vida en el cumplimiento de su deber, sancionando penal y disciplinariamente las conductas elusivas de este deber genérico de afrontar el riesgo; por lo que indudablemente existe un vínculo vocacional con la institución que no puede ignorarse, por personal y ajeno al Derecho que sea.

Por otra parte, la aplicación rígida y exigente del conjunto de garantías y complejas reglas de funcionamiento administrativo a las actividades de defensa, puede llegar a bloquear el sistema por el que se alimenta el esfuerzo bélico, o su incumplimiento producir tal desorden que peligre la eficacia de las Fuerzas Armadas y por ende la supervivencia del Estado.

Peñarrubia Iza⁵⁶⁴ cree que el *algo más* que distingue a las Fuerzas Armadas respecto a la Administración pública radica en la propia Constitución, en la misión encomendada de defensa del ordenamiento constitucional, preguntándose si tiene algún efecto práctico la distinción que hace el Artículo 97 CE entre Administración civil y militar. Asimismo no comparte la idea de la separación entre Administración civil y militar, ni tampoco que esta sea especializada, por estimar ambas posiciones discutibles desde el punto de vista administrativo. Estima que la solución que se adopte sobre la polémica naturaleza de las Fuerzas Armadas es especialmente importante para fijar el alcance de dos cuestiones concretas, la Administración militar y el régimen estatutario de los militares, puesto que para los institucionalistas, Administración y Ejércitos son realidades distintas aunque complementarias, mientras que para los administrativistas no hay distinción entre ambos y las Fuerzas Armadas son parte de la Administración militar.

Respecto al modelo constitucional de Fuerzas Armadas, Cotino Hueso⁵⁶⁵ afirma la necesidad de una plena normatividad de la Constitución sobre la institución militar, comenzando por superar la idea que se esconde tras las posiciones institucional y administrativista de que es posible que “el poder militar haya sido, en alguna medida constitucionalizado”. Lo que se plantea es, ni mas ni menos, la posibilidad de que la norma constitucional tenga un alcance relativo para el ámbito militar, como si bastara un acatamiento político de la Constitución por parte de las Fuerzas Armadas sin que esto suponga su implantación total en ellas, de modo que la exagerada consideración institucional conduciría a una especie de “autoderogación implícita o explícita de la Constitución para el ámbito militar”. Por el contrario, el carácter administrativo de las Fuerzas Armadas implica una sujeción más estricta a la Constitución.

Cotino no es partidario de sostener alguna de estas dos posiciones extremas y exclusivas, porque le parece poco riguroso rechazar la concepción institucionalista para el ámbito militar, que se revela útil para aspectos como la determinación del alcance de los derechos fundamentales, al tiempo que considera endeble una concepción administrativista que pretenda negar que tras lo constitucionalizado como Administración militar “subyace una verdadera institución histórica, sociológica o jurídica”. A su juicio, que las Fuerzas Armadas sean una Institución jurídica conformada por un ordenamiento propio no obsta para que se hayan constitucionalizado en el marco de la Administración militar, ni relaja en modo alguno su vinculación con la Constitución, afirmando que son una Institución en el sentido definido por Santi Romano y Hauriou, pero “constituida, reconocida y conformada jurídicamente por un ordenamiento, el militar”⁵⁶⁶. Por

⁵⁶⁴ Véase PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 66-68.

⁵⁶⁵ Véase COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit. pp. 92-98.

Cotino Hueso aborda decididamente este dualismo, junto a la cuestión de la plena sujeción del derecho militar a la Constitución. Descartando prejuicios antiguos sobre presuntas incompatibilidades entre Ejército y militares con democracia y sociedad, subraya que “es la propia Constitución la que afirma que tanto en sus funciones, en sus fines y en sus medios debe darse una perfecta avenencia”, añadiendo que “las necesidades de la defensa, la disciplina, incluso el ‘honor militar’, son bienes jurídicos que la Constitución no solo admite sino que también protege”. Véase en su totalidad COTINO HUESO, Lorenzo: “La resolución de un largo debate en España. La plena sujeción del derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas”, *Revista de Derecho Político*, núm. 50, UNED, Madrid, 2001, pp.119-187.

⁵⁶⁶ Esquemáticamente, son rasgos de una institución: la idea de obra a realizar, el poder organizado para la eficacia en la consecución de sus fines, comunidad de ideas bajo la dirección de un jefe, estatus específico de los miembros de la institución que no se puede cambiar de manera voluntaria, ordenamiento jurídico propio.

esto, la razón de ser del Derecho militar es la existencia de una organización militar, las Fuerzas Armadas, que es su objeto y a la que regula y conforma según lo dispuesto por la Constitución, estimando erróneo pensar que lo que dota de autonomía al Derecho militar es la necesidad de eficacia en la defensa militar del Estado. De manera que la naturaleza o la tradición de la institución militar, no determina por sí sola el contenido del ordenamiento castrense, solo perfila sus contenidos dentro del espacio asignado por la Constitución.

“En conclusión, la verdadera dimensión jurídica que tiene el hecho de afirmar que las Fuerzas Armadas son una institución es el reconocimiento constitucional implícito de estos elementos inherentes de la misma guiados por el principio de necesidad (eficacia, disciplina, valores militares, subordinación política, etc). Obviamente, este reconocimiento constitucional de tales elementos solo alcanza hasta donde los mismos sean compatibles con el resto de la ley de leyes”⁵⁶⁷.

Como ha podido verse, las formulaciones sociológicas divergente y convergente expuestas, guardan paralelismo con las posiciones sostenidas por los institucionalistas y los administrativistas en el ámbito jurídico, por lo que existe conexión entre ambos ámbitos.

Lo “sociológico-ocupacional-convergente” quedaría emparentado con la concepción administrativa de las Fuerzas Armadas y lo “sociológico-institucional-divergente”, con la concepción jurídico-institucional de las Fuerzas Armadas “se trata, pues, de dos caras de una misma moneda, apreciada desde dos disciplinas diversas: la sociología y el Derecho”⁵⁶⁸. Pero Cotino opina que al jurista no le concierne apreciar si está ante un modelo sociológico ocupacional o institucional, porque es la Constitución quien ha establecido su propio modelo de Fuerzas Armadas, conformando en gran medida la Institución militar.

En definitiva, se trataba de establecer la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas, si son solo una parte de la Administración o una Institución, mezcla de ambas o algo más, porque elegir una u otra opción acarrearía consecuencias importantes para la inserción de las Fuerzas Armadas en el sistema político y, desde luego, para el estatuto personal de sus miembros. Porque si solo eran Administración, no cabría aplicarles otro que el estatuto funcional de la administración general del Estado, en cambio, si se definía en términos

⁵⁶⁷ COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit. p.99.

institucionales cabría modular este estatuto conforme a las especiales características de esa institución.

No obstante, una parte de la doctrina ha convenido en negar la existencia de tal dilema. Así, Mozo Seoane considera que el concepto de institución es jurídicamente aséptico y que no significa realmente nada preciso que permita deslindar o definir realidades concretas, y que el hecho de que el Artículo 8 CE esté en el Título Preliminar carece de especial significado jurídico ya que obedece a razones puramente políticas, de modo que calificar las Fuerzas Armadas como Institución es admisible

”...pero siempre que a esa calificación no se vinculen estrictas consecuencias jurídicas, ni se pretenda construir sobre esa base una supuesta ‘teoría jurídica’ de las FAS que les otorgue algún tipo de entidad o especificidad *con trascendencia jurídica* dentro de la organización estatal”⁵⁶⁹.

Fernández Segado se adhiere a la opinión de Casado Burbano que, en definitiva, considera sin especial significado jurídico la constitucionalización de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar, “aunque implique un ‘plus’ respecto a otras instituciones del Estado, tanto por las singularidades de la institución como por las misiones que se le encomiendan”⁵⁷⁰.

También se ha señalado lo estéril de la polémica doctrinal sobre la ubicación del Artículo 8 CE y la naturaleza de las Fuerzas Armadas, al considerar que si esta controversia pudo tener sentido en los debates constituyentes y en los primeros compases del texto fundamental, actualmente la discusión carece de consecuencias prácticas para establecer la función y misiones de las Fuerzas Armadas⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit. p.102.

⁵⁶⁹ MOZO SEOANE, A.: “Las Fuerzas Armadas y su ordenamiento jurídico”, cit. pp.620-621.

⁵⁷⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. p.44.

⁵⁷¹ En este sentido, véase CORRALES ELIZONDO, Agustín: “Introducción y presentación. El marco constitucional de las misiones de las Fuerzas Armadas”, en *El marco jurídico de las misiones de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz*, Cuadernos de Estrategia nº. 116, febrero 2002, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 14.

Actualmente, Corrales considera la cuestión desde dos puntos de vista: estático y dinámico. Desde el primero, podrían asumirse las tesis institucionales para describir las Fuerzas Armadas como institución. Pero desde el segundo, analizando su actividad para el cumplimiento de sus objetivos conforme al Artículo 97 CE, aparecería la proyección administrativa.

3.4.1. c. Misiones.

En el ámbito comparado occidental no es corriente la enumeración de las misiones de las Fuerzas Armadas, aunque sí es mas frecuente en el constitucionalismo iberoamericano.

El Artículo 8 CE fija las misiones de las Fuerzas Armadas, que se pueden agrupar en dos categorías, de garantía (de la soberanía e independencia de España) y de defensa (de su integridad territorial y el ordenamiento constitucional)⁵⁷².

Las misiones de las Fuerzas Armadas constituyen el núcleo y referencia de la defensa militar, como parte de la defensa nacional.

La misión tradicional de garantizar la **soberanía e independencia** de España, cubre la necesidad primaria de asegurar la propia existencia del Estado y es un aspecto externo de la defensa. En tiempos pasados podría buscarse el efecto disuasorio por la simple existencia de unas Fuerzas Armadas potentes y eficaces, pero actualmente esto queda fuera del alcance de la gran mayoría de los Estados, por lo que el recurso a las alianzas multinacionales es imprescindible para sustentar la idea de defensa colectiva, compartiendo capacidades entre los aliados. Esta es una razón poderosa que explica la presencia de España en organizaciones supranacionales tanto de carácter militar, como la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), como político (Unión Europea).

La defensa de la **integridad territorial** de España, presenta una doble vertiente, interna y externa. Hacia el exterior cabe entenderla como defensa contra agresiones procedentes de allende las fronteras o contra intentos de anexión territorial por terceros, cuestión estrechamente ligada al deber de

⁵⁷² El Sr. Licinio de la Fuente, en nombre de Alianza Popular, presentó una enmienda (E. 35) al Anteproyecto pretendiendo introducir entre las misiones de las Fuerzas Armadas, la de "garantía de la Unidad de la Patria". Véase en SÁINZ MORENO, HERRERO DE PADURA: *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, cit. pp. 450 ss.

El Almirante y Senador Sr. Sánchez Gamboa reincidió en esta pretensión, justificándolo en que la "neutralidad en lo contingente y salvaguardia de lo esencial", como marco general del papel de las Fuerzas Armadas, contemplaba entre lo esencial la unidad de la Patria y que aunque esta ya estaba recogida en el Artículo 2, era conveniente deshacer la ambigüedad que este encerraba, consignando expresamente la garantía de unidad entre las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas. Véase el Diario de Sesiones del Senado, año 1978, n.º.59. Sesión Plenaria n.º.33, celebrada el martes 26 septiembre de 1978, pp. 2943-2944.

garantizar la soberanía e independencia. Hacia el interior, es el último recurso material para impedir la ruptura territorial por la acción de movimientos secesionistas, en salvaguarda de la "la indisoluble unidad de la Nación española, Patria común e indivisible de todos los españoles", del Artículo 2 CE.

En cuanto a la **defensa del ordenamiento constitucional**, es una misión también estrechamente relacionada con las anteriores y con la definición de los estados de alarma, excepción y sitio del Artículo 116 CE, previsión desarrollada mediante la Ley Orgánica 4/1981 de 1 junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio. Esta defensa del ordenamiento constitucional hay que entenderla en sentido material, vinculada al delito de rebelión y al presupuesto de la declaración del estado de sitio, puesto que la defensa en sentido jurídico corresponde al Tribunal Constitucional, órgano que asume esta función como intérprete supremo de la Constitución⁵⁷³.

La propuesta de declaración del **estado de sitio** es competencia exclusiva del Gobierno y su declaración y limitaciones corresponde al Congreso de los Diputados, a partir de cuyo momento decide el Presidente del Gobierno, apoyado en el Consejo Nacional de Defensa, dirigiendo y coordinado las actuaciones el Ministro de Defensa⁵⁷⁴. Pero se trata de una competencia absolutamente reglada y sometida a las decisiones de las Cortes Generales y sobre todo del Gobierno, una vez que se declare el estado de sitio⁵⁷⁵.

Aunque resulte obvio, conviene recordar que la intervención de las Fuerzas Armadas en el orden interno solo puede darse en los supuestos constitucionalmente previstos (Artículo 116 CE) y que, como resulta imposible concretar una lista cerrada de todas las situaciones posibles, la decisión queda reservada al Gobierno, aunque sí podemos afirmar que las Fuerzas Armadas solo ejercerán las actividades que les son propias en el estado de sitio. Lo decisivo es que solo el Gobierno puede apreciar y decidir cuando la situación de hecho

⁵⁷³ Véase Artículo 1, Ley Orgánica 2/1979 de 3 octubre, del Tribunal Constitucional.

⁵⁷⁴ Es llamativo que en el texto de la Ley Orgánica 5/2005 (LODN) se utilice la expresión "en tiempo de conflicto bélico y durante la vigencia del estado de sitio" (Artículo 25), por lo que cabe entender que el estado de sitio es una situación de "conflicto bélico" de alguna manera controlado, al menos inicialmente, en cuanto a su ámbito territorial, duración y condiciones, como indica el Artículo 116.4 CE. Cuestión esta que resulta relevante, por ejemplo, a efectos de responsabilidad penal de los militares.

⁵⁷⁵ Véase Ley Orgánica 4/1981 de 1 junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Capítulo IV. El estado de sitio. Artículos 32-36.

producida entra en el ámbito del estado de sitio (asimilable al estado de guerra), por lo que la apreciación de que se ha producido una violación del ordenamiento constitucional siempre será una decisión política, nunca militar.

Se ha discutido sobre si las misiones que el Artículo 8 CE atribuye a las Fuerzas Armadas tienen **carácter taxativo o declarativo**. La opinión más general se decanta por el carácter taxativo, si bien matizando la vertiente exterior o interior de cada una de ellas. La misión de garantizar la independencia de España está exclusivamente dirigida hacia una amenaza exterior; en cambio, la defensa del ordenamiento constitucional lo está hacia el interior y ambas vertientes presentan las finalidades de garantizar la soberanía y de defender la integridad territorial. Esta postura ha llegado a mantener la necesidad de la declaración del estado de sitio como condición previa a la ejecución de alguna de estas misiones.

La tesis declarativa se apoya en el poder de disposición que el Artículo 97 CE confiere al Gobierno, de modo que las misiones enunciadas en el citado Artículo 8 serían las más genéricas, típicas o relevantes de las Fuerzas Armadas, sin que esto sea obstáculo para que el Gobierno les pueda encomendar otras.

El problema de especificar las misiones en el texto constitucional, como lista cerrada, es similar al planteado con la enumeración de los Cuerpos militares que componen las Fuerzas Armadas, es decir, hipoteca aperturas o modificaciones futuras y obliga a forzar la interpretación del texto. No obstante, a las Fuerzas Armadas se le han encomendado misiones en el exterior que costaría encajar en alguna de las constitucionales, sin forzar la interpretación de su relación directa con la defensa de España o el interés nacional. Por otra parte, su desarrollo posterior por vía de ley orgánica, abona la idea de este carácter declarativo⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ Lafuente Balle expone una síntesis de la opinión mayoritaria, defendida entre otros por los profesores Crespo Hellín, Blanco Ande y Blanco Valdés, contra la tesis minoritaria (la declarativa) en ese momento defendida por López Ramón, Fernando. Y concluye que si el poder de disposición del Gobierno sobre las Fuerzas Armadas permite asignarles misiones no citadas en el Artículo 8 CE, sería preferible no enumerar estas en el texto constitucional. Véase en LAFUENTE BALLE, José M^a: "Sobre el carácter taxativo o declarativo de la relación de las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas en el Artículo 8 de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, n^o.36, 1992, pp.65-71.

Para la caracterización de las misiones que, a la luz de la LODN 5/2005, se atribuyen constitucional o legalmente a las Fuerzas Armadas, véase LÓPEZ RAMÓN, Fernando: "La evolución democrática de la defensa nacional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, mayo-agosto 2007, pp. 28-30.

La Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional (LODN), desarrolla en su Artículo 15 las misiones de las Fuerzas Armadas y añade otras, por lo que parece decantarse por la interpretación declarativa del Artículo 8.1 CE. Asimismo, reseña los diferentes tipos de operaciones militares a que puede dar lugar su cumplimiento.

Conviene subrayar la asignación que hace la citada LODN en su Título V (Contribución a la Defensa), de determinadas tareas a la Guardia Civil para caso de conflicto bélico y estado de sitio, aunque por otra parte mantiene su carácter de Instituto armado de naturaleza militar y doble dependencia ministerial (Defensa e Interior) según la naturaleza de las funciones que se le atribuyan o de las misiones que se le encomienden (Artículos 23 y 24 LODN).

3.4.1. d. **Composición y organización.**

Según el Artículo 8 CE, las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, por lo que se excluyen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁵⁷⁷.

La necesidad o conveniencia de explicar en el texto de 1978 la composición de las Fuerzas Armadas fue una cuestión debatida desde los inicios del proceso constituyente⁵⁷⁸. Y otro tanto cabe decir sobre la inclusión o no, entre las Fuerzas Armadas, de las entonces llamadas Fuerzas de Orden Público⁵⁷⁹.

Pérez Villalobos, al tratar las misiones acordadas por Naciones Unidas, subraya que "la integración en unidades supranacionales incide directamente en las competencias constitucionales sobre las Fuerzas Armadas y en la forma en que se ejercen". Estas misiones de paz y seguridad que, formalmente al menos, no son de guerra aunque en ocasiones la realidad desmienta esta afirmación, considera Pérez Villalobos que no están suficientemente contempladas ni reguladas adecuadamente (al menos en 2001, antes de la LODN 5/2005), "por considerar que, sin duda, forma parte de las atribuciones que el artículo 97 CE concede al Gobierno". PÉREZ VILLALOBOS, M. C.: "La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas", cit. p.144.

⁵⁷⁷ Que sí formaban parte de las Fuerzas Armadas en el régimen anterior, según el Artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado (LOE) de 10 enero 1967. "Las Fuerzas Armadas de la Nación, constituidas por los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire y las Fuerzas de Orden Público, garantizan la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional".

⁵⁷⁸ El Sr. Fraga, como ponente del Grupo parlamentario de Alianza Popular, ya formuló un voto particular al Artículo 10 del Anteproyecto constitucional, en el sentido de que "no debe contener una enumeración de los tres Ejércitos; no sabemos cual será la orgánica futura, y se plantea el problema de la Guardia Civil, que participa a la vez de la condición de fuerza militar y fuerza de orden público". Véase en Boletín Oficial de las Cortes de 5 enero 1978, p.698. Hubo varias enmiendas presentadas al este Artículo 10 del Anteproyecto:

Quienes se opusieron a la enumeración de los elementos que componen las Fuerzas Armadas, esgrimieron argumentos de orden técnico, como la conveniencia de que la redacción del artículo fuera “lo más simple posible, lo mas permanente posible y lo menos sujeta a cuestiones formales o coyunturales”, además, desde un punto de vista práctico, los posibles cambios futuros de reorganización militar podían desvirtuar el artículo u obligar a reformarlo. En resumen, se trataba de dotar al texto de la mayor solidez, flexibilidad y resistencia al cambio⁵⁸⁰.

El control parlamentario sobre la organización militar se remonta a la Constitución española de 1812, por la que las Cortes fijarían anualmente tanto el número de tropas necesarias, como el de buques que habían de armarse, además de establecer las necesarias ordenanzas para “cuanto corresponda a la buena constitución del Ejército y Armada”⁵⁸¹. Tradición que generalmente fue seguida por los textos constitucionales históricos, en particular en lo relativo a la fijación anual del contingente militar.

-
- Las enmiendas nº.2 (Alianza Popular) y nº.35 (AP) coincidían en no considerar “necesario ni conveniente” especificar constitucionalmente cómo estaban compuestas las FAS.
 - La nº.38 (Grupo P. Mixto) pretendía incluir “...y los demás Cuerpos o Institutos que reciban consideración militar”, motivando esta propuesta en que “parece oportuno no redactar el texto de modo que pueda interpretarse en sentido tan estricto que impida la consideración militar de Cuerpos o Institutos que tradicionalmente la han ostentado”.
 - La nº.63 (AP) en la misma línea que las nº.2 y 38 citadas reincidía en que debía suprimirse, por innecesaria, la mención expresa de los tres ejércitos.
 - La nº.64 (G.P. Mixto), era una enmienda de supresión a la totalidad del Artículo 10.
 - En cambio, la nº.463 (G.P. Mixto) proponía una nueva redacción para incluir a las Fuerzas de Orden Público (FOP) y atribuir a todos los componentes de las FAS la categoría de “agentes del Estado”, por coherencia con el Artículo 95.

Véase en SÁINZ MORENO, HERRERO DE PADURA: *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, cit. pp.37-50.

⁵⁷⁹ “Las razones esgrimidas para limitar la composición de las Fuerzas Armadas a los Ejércitos, pueden resumirse así: a) la enumeración de los tres Ejércitos debe mantenerse porque son tres los campos reales donde se desarrolla la guerra; b) son solo las Fuerzas Armadas quienes integran al pueblo en la defensa y aquellas solo se componen de los Ejércitos, y c) la Guardia Civil ha de participar en la defensa y, en tiempo de guerra, se transformaría también, al lado de las restantes Fuerzas Armadas, en Ejército de Tierra”. Véase en GARRIDO FALLA y OTROS: *Comentarios a la Constitución*, cit. p.119.

También, en el Diario de Sesiones del Congreso número 67 de 5 de julio 1978.

⁵⁸⁰ En líneas generales esta es la argumentación del Sr. Fraga refundiendo otras tres enmiendas. Véase el Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, año 1978, nº.67. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Sesión nº.6, celebrada el martes 16 mayo de 1978, pp. 2376-2377. En parte, el tiempo le ha dado la razón porque hoy existen los llamados “Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas”, compuestos por los Cuerpos de Sanidad, Jurídico, Intervención y Músicas, que dependen directamente del Ministerio de Defensa, sin pertenecer a ninguno de los tres Ejércitos.

⁵⁸¹ Véanse los Artículos 357, 358 y 359 de la CE1812.

En el ámbito comparado esta tradición es aún mas antigua, pues en el Reino Unido data de 1689, al contemplarse en el *Bill of Rights* que “la formación y sostenimiento de un Ejército en el Reino en tiempo de paz, sin permiso del Parlamento es contrario a la ley”. En la Constitución de los Estados Unidos de América, se incluyó entre las facultades del Congreso, la de “dictar reglas para el Gobierno y ordenanza de las fuerzas navales y terrestres”⁵⁸². Las constituciones europeas de la posguerra mundial, tratan también esta cuestión⁵⁸³.

El Artículo 8.2 CE establece una reserva de ley orgánica para regular las bases de la organización militar y de esta aparentemente simple afirmación del texto constitucional cabe extraer algunas consideraciones de interés, como son:

- El hecho mismo del establecimiento de esta reserva de ley, además de la ubicación del Artículo 8 CE, implica la consideración constitucional de las Fuerzas Armadas como una de las Instituciones básicas a preservar, organizar y controlar.
- Se ha avanzado un paso más sobre el primitivo control de las Fuerzas Armadas por la vía de la aprobación del presupuesto en sede parlamentaria, del dictado de ordenanzas y otra legislación reguladora, puesto que ahora se impone y se garantiza desde el mismo texto constitucional, que esta organización ha de ser conforme a los principios constitucionalmente sancionados.
- Siguiendo nuestra más antigua tradición histórica anterior a 1812, la reserva se establece a favor del Estado, como una de sus competencias exclusivas (Artículo 149.4 CE), ya que este carácter estatal y exclusivo de la defensa es una competencia generalmente aceptada aún en los sistemas políticos más descentralizados, por razones obvias de eficacia para preservar la propia existencia del sistema.
- En cuanto al contenido de la ley orgánica, las “bases” deben entenderse en su sentido propio, referido a su contenido de líneas generales y fundamentales de la organización militar y no en sentido técnico o formal de “ley de bases” según la potestad delegada en el Gobierno que establece el Artículo 82 CE.

⁵⁸² Artículo I, Sección 8 de la Constitución estadounidense de 1787.

⁵⁸³ Véase el 87 a) de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

De la combinación de esta ley orgánica y el Artículo 103.2 CE según el cual “los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley”, irá surgiendo el conjunto de toda la normativa de rango diverso por la que se regirá la Administración militar.

“La organización militar se regula, por tanto, a través de normas jurídicas. El análisis de las normas de organización supone el enfoque subjetivo de la Administración y su contenido comprende un amplio campo de materias, desde los principios de competencia y jerarquía hasta las relaciones especiales de poder que regularán las relaciones entre la organización militar y el personal que la nutre”⁵⁸⁴.

Conviene recordar que el mismo Artículo 8.2 CE establece que esa regulación por ley orgánica de las bases de la organización militar ha de hacerse conforme a los principios de la Constitución, lo que es lógico dado que una de las misiones de las Fuerzas Armadas es defender el ordenamiento constitucional.

Serrano Alberca⁵⁸⁵ desentraña esta afirmación con un esquema racional, ordenando estos principios genéricamente enunciados, en tres clases:

- Los principios y valores constitucionales generales, en particular los recogidos en el Título Preliminar y el Título I, como son la democracia, la justicia, la libertad, el pluralismo político o la dignidad de la persona.
- Los principios que son propios y aplicables al conjunto de la Administración pública, recogidos en los Artículos 103 a 106 del Título IV, algunos de los cuales adquieren una especial viveza en el ámbito militar, como el principio de jerarquía, que es uno de los pilares de la organización, o el de eficacia, ya que unas Fuerzas Armadas incapaces de cumplir sus misiones carecen de razón de ser.
- Los principios especialmente aplicables a las Fuerzas Armadas, como son la subordinación al Gobierno, que dirige la Administración militar y la defensa del Estado, según se deduce del juego de los Artículos 8 y 97 CE, principio del que deriva la neutralidad política de las Fuerzas Armadas y el apartidismo de los militares. Otras especialidades derivan del hecho de la existencia de una jurisdicción militar o de la atribución de su mando supremo al Jefe del Estado.

⁵⁸⁴ Serrano Alberca en GARRIDO FALLA y OTROS: *Comentarios a la Constitución*, cit. p.125.

3.4.2. LA ACTUALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE DEFENSA NACIONAL. LA LEY ORGÁNICA 5/2005 DE 17 DE NOVIEMBRE, DE LA DEFENSA NACIONAL.

La imposición constitucional de regular la organización militar mediante una ley orgánica que sienta las bases para ello, se ha plasmado en la vigente Ley Orgánica 5/2005 de 17 noviembre, de la Defensa Nacional (LODN), cuyo concepto no se define ahora⁵⁸⁶. En cambio, la derogada Ley Orgánica 6/80 de 1 de julio por la que se regulaban los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización militar (LODNOM), (con un título más acorde con el espíritu constitucional al diferenciar defensa y organización), definía la defensa nacional en su Artículo 2 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”.

La defensa militar es una parte de la defensa nacional y, por tanto, la organización militar es un aspecto sectorial de la misma⁵⁸⁷.

La Ley Orgánica 5/2005, se ha dictado “de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.2 y en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 149.1.4^a de la Constitución”, según su dicción literal, cuya exposición de motivos reseña los cambios profundos del marco internacional de referencia y de la propia sociedad española, que justifican la necesidad de esta nueva ley orgánica, que deroga las anteriores 6/1980 y 1/1984 variando el enfoque de la materia así como de los

⁵⁸⁵ Véase Serrano Alberca en GARRIDO FALLA y OTROS: *Comentarios a la Constitución*, cit. pp.125-128.

⁵⁸⁶ Aunque se titule como ley orgánica, una parte importante de su contenido está al margen de la reserva constitucional. Véase la “Disposición final segunda. Título competencial y preceptos con carácter de Ley ordinaria. 1. Esta Ley Orgánica se dicta en virtud de la competencia exclusiva del Estado en materia de Defensa y Fuerzas Armadas, establecida en el artículo 149.1.4.^a y en relación con lo dispuesto en el artículo 8.2 y en el artículo 97, todos ellos de la Constitución. 2. Tienen carácter de Ley ordinaria el Título III y los artículos 20.2, 22 y 24 a 31”.

⁵⁸⁷ Durante los debates del Proyecto de Constitución en el Pleno del Senado, el Almirante Gamboa, en su voto particular al Artículo 8, argumentaba que antes de sentar las bases de la organización militar era preciso hacerlo con la Defensa Nacional, que es un concepto más general y comprensivo del anterior, ya que esta defensa no es competencia exclusiva de las Fuerzas Armadas. Al Gobierno le corresponde marcar las líneas maestras de la Defensa Nacional y a las Fuerzas Armadas se les encomienda la Defensa Militar, como parte y desarrollo de aquella y cuya organización se inscribe, por tanto, en la defensa militar. Véase el Diario de Sesiones del Senado, año 1978, n.º.59. Sesión Plenaria n.º.33, celebrada el martes 26 septiembre de 1978, p. 2943 y p.2944.

cometidos o misiones de las Fuerzas Armadas, con un significativo carácter expansivo del ámbito de la defensa nacional⁵⁸⁸.

En el ámbito interior, la novedad más relevante es la desaparición del servicio militar obligatorio y la implantación de un nuevo modelo de Fuerzas Armadas profesionales.

En el exterior, lo más significativo es el cambio del escenario estratégico por uno en el que ha desaparecido la política de bloques, sin que por ello desaparezcan los riesgos y amenazas tradicionales ni las guerras convencionales a las que, por efecto de la globalización, se les han unido otros riesgos y amenazas nuevas, como el terrorismo transnacional. De modo que aunque se pueda apreciar que disminuye el número de las guerras convencionales, aumentan los conflictos armados de todo tipo. Por otra parte, la presencia internacional de España y su política de defensa exterior, que se apoya en alianzas para la seguridad y defensa compartidas, ha propiciado la actuación frecuente de las Fuerzas Armadas en el extranjero, lo que en la práctica se ha traducido en la aparición de una serie de misiones, no explícitamente contenidas en el Artículo 8 CE y sin mecanismos de control parlamentario definidos. Además, a efectos de mando y control, es necesario distinguir con nitidez entre la dirección de una situación fáctica de conflicto armado y la gestión de situaciones de crisis.

Se establecen en la LODN los principios a que debe responder la organización militar, complementados con la previsión de unas reglas esenciales de conducta.

“La organización de las Fuerzas Armadas, integradas en el Ministerio de Defensa, responde a los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia. La Ley establece el mandato de regular las reglas esenciales para el cumplimiento del deber por parte de quienes integran la organización militar. Estas reglas, inspiradas en la tradición de nuestros Ejércitos y de la Armada, han constituido su guía de conducta y, de este modo, cobran ahora una renovada importancia. Su desarrollo reglamentario permitirá mantenerlos debidamente actualizados”⁵⁸⁹.

El **objeto** de la Ley Orgánica 5/2005 es regular la defensa nacional y establecer las bases de la organización militar conforme a los principios de la

⁵⁸⁸ Para las diferencias entre las tres regulaciones de la defensa nacional (1980, 1984 y 2005), véase LÓPEZ RAMÓN, F.: “La evolución democrática de la defensa nacional”, cit. pp.13-16.

Constitución (Artículo 1 LODN) y a este efecto, distribuye competencias entre la Corona, las Cortes Generales, el Gobierno y su Presidente, el Ministro de Defensa y el Consejo de Defensa Nacional.

En el desglose de **atribuciones de los poderes** del Estado le corresponde al Rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas “y las demás funciones que en materia de defensa le confiere la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico” (Artículo 3 LODN). Se asignan responsabilidades a las Cortes Generales y, en particular, al Congreso de los Diputados la de conceder autorización previa a la participación militar en misiones fuera del territorio nacional (Artículo 4.2º LODN).

Se refuerzan los poderes del Ejecutivo y queda bastante clara la autoridad del Presidente del Gobierno “para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas así como disponer su empleo” (Artículo 6.2º LODN). Por otra parte, el Consejo de Defensa Nacional, es “el órgano colegiado, coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de defensa” y solo cuando el Rey asista a las reuniones del Consejo presidirá este (Artículo 8 LODN)⁵⁹⁰. En cambio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1984 a la derogada Ley Orgánica 6/1980, aun manteniendo su carácter de “órgano superior asesor y consultivo del Gobierno en materia de defensa nacional”, se introdujo la mención expresa de que “asimismo podrá asesorar a Su Majestad el Rey y al Presidente del Gobierno”. De lo que cabe inferir que si bien esta redacción de la LO 1/1984 podría verse como una aproximación al mando efectivo del Rey sobre las Fuerzas Armadas, por el contrario, en la actual configuración de la LODN este mando se ha despojado de cualquier connotación efectiva y directa en niveles incluso inferiores a los de la LO 6/1980, que en su Artículo 5, expresaba que “corresponden al Rey las funciones que, en materia de defensa nacional, le confieren la Constitución, las Reales Ordenanzas y las demás leyes y, en especial, el mando supremo de las fuerzas Armadas”⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Véase Exposición de motivos. Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

⁵⁹⁰ A diferencia de 1980 y 1984, que distinguía ente órganos políticos y militares, ahora no aparecen órganos propiamente militares entre la enumeración de los órganos de la defensa nacional.

⁵⁹¹ Acerca de la constatación de este hecho de la acentuación del carácter simbólico del mando supremo sobre las Fuerzas Armadas y el alejamiento de cualquier resquicio de efectividad, se detectan algunos indicios:

En cuanto a la **organización**, el Ministerio de Defensa es el departamento de la Administración General del Estado en el que se integran, como entidad única, ese elemento esencial de la defensa que son las Fuerzas Armadas. Sus miembros se adscribirán a los distintos Cuerpos de cada ejército, aunque también podrán existir Cuerpos comunes a los tres⁵⁹². Uno de los cambios más relevantes ha sido la organización en dos estructuras funcionales, una orgánica, para la preparación de la fuerza y que a su vez generará otra estructura operativa, para su empleo en las misiones que se le asignen. Asimismo, se refuerza el carácter administrativo de las Fuerzas Armadas, que se integran en el conjunto de la organización del Ministerio de Defensa⁵⁹³.

La **jurisdicción militar** mantiene su consideración de especializada, sus órganos son parte integrante del Poder Judicial del Estado y su organización y funcionamiento se basa en el principio de unidad jurisdiccional. Su actuación se ciñe al ámbito estrictamente castrense y a las materias que establezca la declaración del estado de sitio, en su caso (Artículo 14 LODN).

En el Artículo 15 LODN, aparecen **nuevas misiones** para las Fuerzas Armadas, además de las fijadas en el Artículo 8 CE, que realmente son concreciones de los supuestos previstos en el texto constitucional de modo genérico, ciertamente redundantes con la misión de defender el ordenamiento

-
- La Ley Orgánica 1/1984, de 5 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, se elaboró con los sucesos del 23 febrero 1981 relativamente recientes, en los que el mando supremo del Rey sobre las Fuerzas Armadas tuvo una eficacia plena, por lo que quizá el legislador consideró conveniente darle a este el adecuado soporte, dotando al Rey de una mayor y mas directa implicación en los asuntos de la Defensa Nacional.
 - La desaparición, en la actual redacción de la LODN 05/2005, de las atribuciones de mando más directo o personalizado que pudiera conferirle las Reales Ordenanzas, como por ejemplo, la posibilidad de promover recurso llegando hasta el Rey en representación de su agravio, cuando no logre de sus jefes la satisfacción a que se considere acreedor, que el Artículo 201 Reales Ordenanzas (Ley 85/78 de 28 diciembre) concede a todo militar.
 - Hechos objetivos, como los Reales Despachos por los que el Rey confería los empleos militares, en la dicción del Artículo 62,f CE, que antes concedía y firmaba el Rey, con el refrendo del Ministro de Defensa y que ahora los concede y firma el Jefe del Estado Mayor del Ejército o Armada que corresponda.

⁵⁹² Cuerpos Comunes que ya existían antes de la LODN 5/2005.

⁵⁹³ Artículo 9. Ministerio de Defensa: “1. El Ministerio de Defensa es el departamento de la Administración General del Estado al que corresponde la preparación, el desarrollo y la ejecución de la política de defensa determinada por el Gobierno, la obtención y gestión de los recursos humanos y materiales para ello, así como la realización de cuantos cometidos sean necesarios para el cumplimiento de las misiones que se asignen a las Fuerzas Armadas, con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley. 2. En el Ministerio de Defensa se integran las Fuerzas Armadas, de forma que el conjunto de la organización adquiera la necesaria vertebración para posibilitar la ejecución eficaz de la política de defensa y de la política militar”.

constitucional. Así, la misión de contribuir militarmente a la seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones de las que España forma parte, trae causa de la obligación de respetar los tratados internacionales válidamente celebrados, que formarán parte del ordenamiento interno, según Artículo 96 CE. A esta contribución a la seguridad y defensa colectiva, se le añade la contribución al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria. Asimismo, en colaboración con las Instituciones del Estado, las Fuerzas Armadas también deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos, en los supuestos extraordinarios, como catástrofes, calamidades, grave riesgo y otras necesidades públicas. Este Artículo 15 LODN contempla también la posibilidad de ejecutar misiones de evacuación de residentes españoles en país extranjero, cuando la inestabilidad de este ponga en grave riesgo sus vidas o intereses, categoría de misiones que encuentran apoyo, a simple vista, en el derecho a la vida y la integridad física y moral (Artículo 15 CE) o en el derecho a la libertad y a la seguridad (Artículo 17 CE)⁵⁹⁴.

Para el cumplimiento de estas misiones, el Artículo 16 LODN establece al menos seis **tipos de operaciones**, que pueden conducir a acciones de prevención de conflictos o disuasión, de mantenimiento de la paz, actuaciones en situaciones de crisis y, en su caso, de respuesta a la agresión, de cuya lectura pueden extraerse algunas notas características:

- No son operaciones militares en sentido estricto, entendiendo por tales las estrictamente de combate. Además, el mismo Artículo 17 LODN exige al Gobierno la consulta previa y la autorización del Congreso de los Diputados para ordenar operaciones en el exterior “que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional”.
- Existe un fuerte componente de colaboración, tanto exterior con organismos internacionales o países aliados, como con otros órganos de la Administración del Estado o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

⁵⁹⁴ López Ramón considera que esta ampliación legal de las misiones de las Fuerzas Armadas, no plantea problema constitucional, por cuanto la relación de estas que contiene el Artículo 8 CE no tiene carácter exclusivo; por lo que la adición legal de nuevas misiones parece viable siempre que no se alteren las específicamente atribuidas por ese artículo. LÓPEZ RAMÓN, F.: “La evolución democrática de la defensa nacional”, cit. p.31.

- En algunos casos, no es posible seguir una secuencia lógica de progresión en la escalada del conflicto, como por ejemplo en la respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas.
- Se establece un control estricto sobre las misiones de las Fuerzas Armadas en el exterior, en cuanto a las condiciones de su iniciativa, sus fines y su conformidad al derecho internacional, para cuando estas misiones no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional⁵⁹⁵.
- Como corolario de lo anterior, el Ejecutivo podrá decidir, por sí solo, las operaciones militares en el exterior que sí estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional

Otro aspecto innovador de la LODN es la atención que presta al control de las actuaciones del componente humano de las Fuerzas Armadas. La derogada LODNOM, despachaba esta cuestión con una remisión genérica a las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, sin entrar en detalles⁵⁹⁶. En cambio, la actual LODN le dedica un Título (IV), una Disposición final (tercera) y alguna otra referencia.

El Proyecto de Ley dedicaba su Título IV al **Código de Conducta** de las Fuerzas Armadas, con una extensión considerable (cinco artículos sobre un total de treinta y dos del Proyecto) y con bastante detalle, en particular en su Artículo 21 que relataba las trece reglas esenciales de conducta que definen el comportamiento de los militares, complementado con la correspondiente

⁵⁹⁵ Artículo 19. Condiciones: “Para que las Fuerzas Armadas puedan realizar misiones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional, se deberán cumplir las siguientes condiciones:

a) Que se realicen por petición expresa del Gobierno del Estado en cuyo territorio se desarrollen o estén autorizadas en Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o acordadas, en su caso, por organizaciones internacionales de las que España forme parte, particularmente la Unión Europea o la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), en el marco de sus respectivas competencias.

b) Que cumplan con los fines defensivos, humanitarios, de estabilización o de mantenimiento y preservación de la paz, previstos y ordenados por las mencionadas organizaciones.

c) Que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas y que no contradigan o vulneren los principios del derecho internacional convencional que España ha incorporado a su ordenamiento, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución”.

⁵⁹⁶ Artículo 26.1 LODNOM: “Las obligaciones, normas de conducta, deberes y derechos específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas, así como el régimen de vida y disciplina de las unidades, se determinan en las Reales Ordenanzas, regla moral de la institución militar”.

derogación normativa de los Artículos de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978) cuyo contenido se correspondía con las reglas aquí propuestas, que eran una mezcla de conceptos entre los que se reconocen cuestiones clásicas, como los límites de la obediencia, junto a otras cuya infracción sería sancionable penalmente (respeto al derecho de gentes) o por vía disciplinaria (respeto al orden jerárquico), así como aspectos que podríamos catalogar como casi técnicos, relativos al ejercicio del mando o liderazgo o la mera redundancia sobre la prohibición de sindicarse o de ejercer cualquier forma de acción sindical⁵⁹⁷.

El Proyecto, que derogaba las Reales Ordenanzas e intentaba sustituirlas por un código de conducta, se corrigió durante su trámite parlamentario para que las reglas de comportamiento de los militares se regulasen fuera de la LODN⁵⁹⁸.

El texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (15 septiembre 2005), redujo la formulación del Título IV a solo dos Artículos (20 y 21) cuya numeración y redacción se ha mantenido hasta el texto vigente⁵⁹⁹.

En el Artículo 20 se fijan las bases para establecer las reglas esenciales del comportamiento de los militares, que en esquema son:

- La especial atención que merecen las reglas relativas a la disciplina, la jerarquía y el ejercicio del mando militar, aunque el contenido está referido genéricamente al comportamiento de los militares.
- El establecimiento de una jerarquía de normas por la que el primer nivel será la propia LODN, el segundo, la ley que recoja esas reglas esenciales de conducta y el tercero, su desarrollo en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que habrán de actualizarse por vía de Real Decreto.

⁵⁹⁷ Véase el texto del Proyecto de Ley Orgánica de Defensa Nacional, cuyo dictamen encomienda la Mesa de la Cámara a la Comisión de Defensa, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, el 31 de marzo de 2005 (Serie A. nº 31-1).

⁵⁹⁸ Véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº.110, jueves 15 septiembre 2005, pp.5519-5536. En particular las intervenciones del Ministro de Defensa (Sr. Bono Martínez) y del Sr. Llamazares Trigo.

⁵⁹⁹ La inclusión de estas normas de comportamiento, al menos en la extensión pretendida por el Proyecto, no estaba exenta de efectos inconvenientes; porque "...el anuncio a la opinión pública de que se va a introducir un código de conducta en las Fuerzas Armadas -un efecto que refuerza la descontextualización de los titulares mediáticos- trasladará la idea de que carecen de regulación o de que esta es insuficiente, un riesgo de percepción que no hace justicia a la tradición y comportamiento de las Fuerzas Armadas". NAVARRO SANCHÍS, Francisco José: "Diez puntos de

Para garantizar la observancia de las reglas de comportamiento, el Artículo 21 LODN recurre al régimen disciplinario, según su actual regulación por Ley Orgánica 8/1998, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS), sin perjuicio de la tutela jurisdiccional establecida en el Artículo 24 CE. También deshace cualquier ambigüedad sobre la posibilidad de la existencia de Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración militar que pudiera deducirse de la redacción del Artículo 26 CE, para afirmar taxativamente su prohibición en el ámbito militar.

La LODN ha introducido una responsabilidad innovadora y específica para los Jefes de Estado Mayor de cada ejército, a quienes corresponde “velar por los intereses generales del personal militar bajo su mando, tutelando en particular el régimen de derechos y libertades derivado de la norma constitucional y de su desarrollo legal” (Artículo 13.3,e)⁶⁰⁰.

Por último y posiblemente para poner orden en una cuestión fundamental para el estatuto personal de los militares, la disposición final tercera contiene el mandato legislativo por el que se emplaza al Gobierno a remitir al Congreso de los Diputados, en el plazo perentorio de tres meses, un **proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales** de los militares profesionales, “que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar”⁶⁰¹. Iniciativa esta que no es

reflexión sobre la Ley Orgánica de la Defensa Nacional”, *Revista Jurídica Militar. (Revista electrónica de Derecho Militar para profesionales)*, enero 2006.

⁶⁰⁰ Precepto que se traslada en los mismos términos a la Ley de la Carrera Militar (Artículo 12.1,i).

⁶⁰¹ En **mayo del 2006**, el Diputado Sr. Herrera Torres (GIV-IU-ICV) ya había preguntado al Gobierno: ¿En qué fecha se presentará el Anteproyecto de Ley regulador de los derechos fundamentales de los militares profesionales?. ¿En qué fecha se podrá en marcha el Observatorio de Vida Militar? (BOCG. Congreso 26 de septiembre de 2006.—Serie D. Núm. 436). En **noviembre 2006**, el Diputado Sr. Fernández de Mesa y Díaz del Río (PP), formuló dos preguntas por escrito: ¿Piensa, el Gobierno, remitir al Congreso el «proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar», tal y como precisa la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, aprobada en noviembre de 2005?. ¿Por qué motivo no ha cumplido el Gobierno su propia Ley Orgánica de Defensa Nacional, aprobada en esta Cámara en el mes de noviembre de 2005, hace un año, en lo relativo al compromiso de enviar, en el plazo de tres meses desde su aprobación, una ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar?. (BOCG. Congreso 18 de enero de 2007.—Serie D. Núm. 494). Recibió respuesta en **marzo 2007**: “El Programa Legislativo del Gobierno para la VIII Legislatura contempla la elaboración y remisión a las Cortes de un conjunto de Leyes que aborden aspectos esenciales en el ámbito de la Defensa. En esta línea se publicó la LO de la Defensa Nacional y, recientemente, la Ley de Tropa y Marinería. El Consejo de Ministros en su reunión del viernes, 24 de noviembre de 2006, aprobó el Proyecto de Ley de la Carrera Militar y su remisión a las Cortes Generales, donde se encuentra actualmente en tramitación. Igualmente, está en fase de estudio y recepción de informes un borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica que regule los Derechos fundamentales de los Militares Profesionales, que incluirá la creación del Observatorio de la Vida

tan novedosa como pudiera parecer, porque ya en las constituyentes, el Senador Sánchez Agesta presentó una enmienda, que fue rechazada, para que se añadiera al apartado 2 del Artículo 8 CE, la expresión “y los derechos y deberes específicos de sus miembros”. Propuesta que hacía teniendo a la vista el Proyecto de Ordenanzas Militares que por entonces se elaboraba y que contenía una serie de limitaciones que demandaban un marco constitucional adecuado.

“Si no ponemos un soporte constitucional para esta especificidad –por así llamarla- de los derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, algún día esta situación podrá provocar conflictos e incluso llevarse ante los Tribunales alguno de los textos legales del Tribunal Constitucional, o Decretos que limitan estos derechos”⁶⁰².

3.4.2. a. La Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. La continuación de un proceso de renovación.

Los aspectos estatutarios jurídico-constitucionales de los militares referentes a derechos y libertades, hay que buscarlos en la Constitución y en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, además de las leyes penal y disciplinaria, pero también conviene estudiar la ley de personal que, como marco estatutario administrativo del militar, es útil para aclarar aspectos relacionados.

En 1978, el legislador autorizó al Gobierno para dictar, en desarrollo de las Reales Ordenanzas, las disposiciones necesarias para adecuar a los principios generales de esta ley "el ejercicio de los deberes y derechos individuales", para lo que debía dictar las normas de desarrollo necesarias, en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor (Disposición final segunda), previsión que no llegó a cumplirse. La Ley 17/1999 LRPFAS, en su Disposición final séptima (Adaptación del ordenamiento legal de la defensa nacional) emplazaba al Gobierno, para que antes del 31 de diciembre del año 2002, remitiera al Congreso de los Diputados "los proyectos de Ley necesarios para adaptar el ordenamiento legal de la defensa nacional y el régimen de derechos y deberes de los militares al modelo de Fuerzas Armadas profesionales", mandato que no se cumplió y que se ha

Militar. Está prevista la remisión de este proyecto de Ley Orgánica al Congreso tras la aprobación de la Ley de Carrera Militar". (BOCG. Congreso 13 de marzo de 2007.—Serie D. Núm. 522).

⁶⁰² Véase Diario de Sesiones del Senado nº.41, martes de 22 agosto 1978, pp.1715-1716.

traspasado a la vigente Ley Orgánica 5/2005 de 17 noviembre, de Defensa Nacional (Disposición final tercera. Mandato legislativo).

Este tercer intento de ordenación del estatuto del militar configura un **conjunto normativo** cuyo esquema es el siguiente⁶⁰³:

- Los preceptos de aplicación contenidos en la Constitución vigente.
- Una ley orgánica reguladora de los derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que regule el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas “teniendo en cuenta las exigencias de la condición militar”⁶⁰⁴, aún sin desarrollar.
- La Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar (LCM), vigente desde el 1 enero 2008, que viene a reemplazar la Ley 17/1999 LRPFAS.
- Un Real Decreto que aprobará las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, actualmente en proyecto.
- Una serie de Ordenes Ministeriales y algún Real Decreto que desarrollarán aspectos concretos de las normas anteriormente citadas, que no son de interés para el objeto de este trabajo.
- Las vigentes leyes penal y disciplinaria.

En este punto, es necesario estudiar el **contenido** de la vigente Ley 39/2007 (LCM) para descubrir aquellos rasgos que incidan en el estatuto jurídico-constitucional del militar.

Como se ha indicado, la LCM trae causa de la vigente LODN y regula el régimen del personal militar profesional, desarrollando el modelo de Fuerzas Armadas profesionales y reformando la carrera militar para su adaptación a lo prescrito en la ley de defensa nacional y, en consecuencia, para que las Fuerzas Armadas estén en las mejores condiciones para el cumplimiento de sus misiones constitucionales.

“Esta ley tiene muy en cuenta que quien se incorpora a las Fuerzas Armadas adquiere condición militar y queda sujeto a un régimen específico. El objetivo es, partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus valores como tal durante su permanencia en las Fuerzas Armadas, convertirlo en

⁶⁰³ Estado de la cuestión a 1 enero 2008.

⁶⁰⁴ Preámbulo (IX) Ley de la Carrera Militar.

un excelente servidor público y hacerlo militar, es decir, depositario de la fuerza y capacitado y preparado para usarla adecuadamente”⁶⁰⁵.

Consecuencia directa de lo transcrito es que quienes ingresen en las filas deberán cumplir unas reglas de comportamiento que, en lo esencial, serán fijadas en esta LCM y posteriormente desarrolladas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que se aprobarán mediante real decreto.

La Ley 17/1999 LRPFAS resumía los rasgos esenciales de funcionamiento de las Fuerzas Armadas en la necesaria disciplina y configuraba la condición de militar por la sujeción a unos principios (disciplina, jerarquía y unidad), a unas reglas morales de actuación (recogidas en las ROFAS) y a las leyes penales y disciplinarias.

En cambio, dejando a salvo las leyes penal y disciplinaria, la LCM se centra en las reglas de comportamiento “que se adquieren con un método continuado de formación y exigencia personal” que desarrollarán las nuevas ROFAS, entre las que destaca la mención a “los límites de la obediencia y el ejercicio del mando”, y en una también futura ley orgánica de derechos y deberes de los militares que los regulará “teniendo en cuenta las exigencias de la condición militar”, ley que abarcará también la regulación de los derechos de carácter profesional, de protección social, “así como los cauces de participación”.

Son de particular interés las **derogaciones** que contiene la LCM.

Deroga la Ley 17/1999 LRPFAS, salvo los artículos que se refieren a derechos y deberes. En realidad, la vocación de la LCM es reemplazar a la LRPFAS puesto que “las referencias y remisiones a esta, se entenderán efectuadas a la LCM, salvo en las materias que continúan en vigor”⁶⁰⁶.

Deroga los Artículos de las ROFAS que resultan afectados por la LCM, pero se mantienen los que se refieren a derechos fundamentales y libertades públicas, dándose rango de real decreto a los demás.

⁶⁰⁵ Preámbulo (III) Ley de la Carrera Militar.

⁶⁰⁶ LCM. Disposición derogatoria única. Derogaciones y vigencias. “[...] Quedan derogadas la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, excepto los artículos 150 a 155 y 160 a 162, la disposición final segunda y las disposiciones que se citan en el apartado siguiente, que continuarán en vigor, y la Ley 32/2002, de 5 de julio, que modifica la Ley 17/1999, de 18 de mayo, al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería”.

El Artículo 20 LODN determinaba que las **reglas esenciales** del comportamiento de los militares se establecerán mediante ley, “en especial la disciplina, la jerarquía, los límites de la obediencia, así como el ejercicio del mando militar”. El Artículo 4 LCM desarrolla este mandato y lo expresa en quince reglas esenciales que desarrollarán las futuras Reales Ordenanzas que además recogerán, con las adaptaciones necesarias debidas a la condición militar “el código de conducta de los empleados públicos”⁶⁰⁷.

⁶⁰⁷ Artículo 4 LCM: “Reglas de comportamiento del militar. 1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:

Primera.-La disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye su primer y más fundamental deber, que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta ley.

Segunda.-Cuando actúe en misiones para contribuir militarmente al mantenimiento de la paz, estabilidad y seguridad y apoyar la ayuda humanitaria, lo hará como instrumento de la Nación española al servicio de dichos fines, en estrecha colaboración con ejércitos de países aliados y en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forme parte.

Tercera.-Pondrá todo su empeño en preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos durante la actuación de las Fuerzas Armadas en supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas.

Cuarta.-Estará preparado para afrontar, con valor, abnegación y espíritu de servicio, situaciones de combate, cualesquiera que sean las misiones de las Fuerzas Armadas en las que desempeñe sus cometidos y ejerza sus funciones.

Quinta.-Ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados. La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos.

Sexta.-En el empleo legítimo de la fuerza, hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe.

Séptima.-La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas.

Octava.-Desempeñará sus cometidos con estricto respeto al orden jerárquico militar en la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas, que define la situación relativa entre sus miembros en cuanto concierne a mando, subordinación y responsabilidad.

Novena.-La responsabilidad en el ejercicio del mando militar no es renunciabile ni puede ser compartida. Los que ejerzan mando tratarán de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes o que constituyan delito.

Décima.-Obedecerá las órdenes que son los mandatos relativos al servicio que un militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le correspondan, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta. También deberá atender los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento.

Undécima.-Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.

A los efectos de este trabajo es significativo que entre las competencias asignadas a los Jefes de Estado Mayor de cada uno de los ejércitos, figure la de “velar por los intereses generales del personal, tutelando en particular el régimen de derechos y libertades”⁶⁰⁸.

En síntesis, se ha iniciado el necesario desglose entre los derechos fundamentales y libertades públicas, cuyo tratamiento será objeto de ley orgánica según se ha anunciado, y los aspectos éticos y de comportamiento que conforman el código deontológico del profesional de las armas, cuyas bases se recogen en esta LCM, quedando su desarrollo posterior recogido en las nuevas Reales Ordenanzas que presumiblemente adaptarán y actualizarán las existentes, según se observa en la LCM.

3.4.3. LAS COMPETENCIAS DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PODERES EN RELACION CON LAS FUERZAS ARMADAS.

La regulación constitucional de las Fuerzas Armadas, generalmente ha sido una tarea incómoda para el constituyente, entre otras causas por

“...el peso histórico-político de la actuación del poder militar o del mal empleo de la fuerza armada y, de otra parte, la particular naturaleza de este ámbito tan unido a la excepcionalidad y la necesidad, que por sí dificulta la aprehensión por el Derecho”⁶⁰⁹.

Esta aparente inhibición del constituyente puede conducir a la errónea impresión de que la escasa regulación constitucional va asociada al

Duodécima.-El que ejerza mando reafirmará su liderazgo procurando conseguir el apoyo y cooperación de sus subordinados por el prestigio adquirido con su ejemplo, preparación y capacidad de decisión.

Decimotercera.-Se comportará en todo momento con lealtad y compañerismo, como expresión de la voluntad de asumir solidariamente con los demás miembros de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de sus misiones.

Decimocuarta.-Se preparará para alcanzar el más alto nivel de competencia profesional, especialmente en los ámbitos operativo, técnico y de gestión de recursos, y para desarrollar la capacidad de adaptarse a diferentes misiones y escenarios.

Decimoquinta.-Cumplirá con exactitud sus deberes y obligaciones impulsado por el sentimiento del honor, inspirado en las reglas definidas en este artículo.

⁶⁰⁸ LCM.Título I. Competencias en materia de personal militar. Artículo 12. De los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire. 1. A los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, en el ámbito de su Ejército, les corresponde: [...] i) Velar por los intereses generales del personal, tutelando en particular el régimen de derechos y libertades.

⁶⁰⁹ COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit. pp. 49-50.

reconocimiento de la existencia de un poder militar, según la experiencia de nuestro constitucionalismo histórico. Pero lo cierto es que, en contextos con experiencias negativas, la seguridad jurídica aconseja justo lo contrario, que es regular expresamente lo militar en sus distintos aspectos.

“Así, la constitucionalización de lo militar no acostumbra a la brevedad donde existe poca tradición de respeto a la supremacía civil y/o una reciente participación política de las Fuerzas Armadas –como en España, Grecia o Portugal- o donde pretende resarcirse de la pretérita actuación de la fuerza militar – como en Alemania o Austria-...⁶¹⁰”.

En el caso de España, la decisión del constituyente de regular el fenómeno militar se explica por nuestra historia. Las opciones pueden ser amplias pero, cuando menos, la regulación constitucional de las Fuerzas Armadas -así lo hace la vigente CE-, debe contener:

- La posición de las Fuerzas Armadas en el sistema de poderes y sus vinculaciones con estos, con decisiones concretas sobre el mando y poder de disposición sobre las Fuerzas Armadas.
- Decisiones respecto al estatuto personal de sus miembros.
- La existencia y alcance, en su caso, de una jurisdicción militar.
- El modelo de Fuerzas Armadas, profesional o no, y el modo de nutrir sus filas.

Conviene aclarar que no se trata de que las Fuerzas Armadas participen de los tres poderes o funciones del Estado, sino que están relacionadas o vinculadas a ellos en diferentes aspectos, porque admitir otra cosa sería reconocer implícitamente que son algo ajeno, distinto, al margen o con entidad propia, lo que es insostenible constitucionalmente.

Esta vinculación se traduce en competencias de los tres poderes sobre las Fuerzas Armadas. Con el legislativo, porque las Cortes son quienes establecen las líneas generales de actuación de las Fuerzas Armadas y generan las normas legales necesarias para ello, además de otras precisiones del texto constitucional, como su competencia exclusiva para declarar el estado de guerra (Artículo 63,3 CE) y el estado de sitio (Artículo 116.4 CE). Con el ejecutivo, fundamentalmente

⁶¹⁰ COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit. p.51.

por la cuestión del mando. Con el poder judicial la vinculación es clara, porque la jurisdicción militar se constitucionaliza en el Título VI (Del Poder Judicial).

3.4.3. a. Vinculaciones con el poder legislativo.

Las Cortes Generales tienen un papel crucial en materia de defensa, puesto que les compete, entre otras, aprobar las leyes relativas a la defensa y los créditos presupuestarios, debatir las líneas generales de la política de defensa y presentar las iniciativas correspondientes, así como controlar la acción del Gobierno en esta materia. En particular, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera de España, deberá estar previamente autorizada por el Congreso de los Diputados⁶¹¹.

Las Fuerzas Armadas en conjunto y los militares en particular, están sujetos a un conjunto de normas jurídicas específicas conocidas como “leyes militares”, que Casado Burbano define como el “conjunto de normas jurídicas que regulan la organización y el funcionamiento de las Fuerzas Armadas y el comportamiento o conducta de los militares en cuanto tales”⁶¹². Están recogidas en distintos textos y también existen disposiciones que hacen referencia a Fuerzas Armadas y militares en normas reguladoras de otras materias.

Peñarrubia Iza ha definido el régimen jurídico de la “Función militar” como la “regulación del Derecho público relativa al régimen al que están sometidas las Fuerzas Armadas, en conjunto, y los militares profesionales, en su condición de servidores públicos”⁶¹³. Bajo este punto de vista, descendiendo de lo general a lo particular, la organización militar materializa la función militar en sentido objetivo y su régimen jurídico está en los preceptos constitucionales y normas de desarrollo, en particular, en la Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional. En sentido subjetivo son los miembros de las Fuerzas Armadas quienes encarnan esa función militar y actualmente su régimen jurídico hay que buscarlo fundamentalmente en:

⁶¹¹ Véase el Artículo 4 LODN, que sustituye y amplía al Artículo 6 de la derogada LODNOM 6/1980.

⁶¹² CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. p.33.

⁶¹³ PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. p.50.

- Ley 85/78 de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (ROFAS), como comprensiva de la regla moral de la Institución Militar y marco de las obligaciones y derechos de sus miembros.
- Ley 39/2007 de 19 noviembre, de la carrera militar.
- Ley Orgánica 13/85 de 9 de diciembre, Código Penal Militar.
- Ley Orgánica 8/1998 de 3 de diciembre, Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que configura un régimen sancionador específico. Régimen que no está exento o al margen del control jurisdiccional, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional⁶¹⁴.
- Las precisiones que afectan a las militares, contenidas en las leyes orgánicas que desarrollan los derechos fundamentales.

La existencia de esta normativa específica no impide que este conjunto de normas jurídicas se encuadre en el sistema general y único, ya que la legislación militar tiene el mismo origen y se configura con los mismos procedimientos que el resto de la legislación general. Es decir, que las Fuerzas Armadas no tienen poder de autonormación más allá de lo permitido a segmentos similares de la Administración del Estado. Si bien es cierto que las Fuerzas Armadas tienen además otros valores y principios específicos, aceptados como necesarios para el cumplimiento eficaz de sus cometidos, como son la jerarquía, la disciplina, la cohesión o la neutralidad política.

Empleando un criterio basado en la categoría de las normas, **la acción del legislativo** puede encuadrarse **en cinco áreas** que agrupan normas de un tipo específico, por lo que las leyes militares pueden clasificarse en político-

⁶¹⁴ La STC 21/1981 de 15 junio, incidía sobre las características que, tiene el expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar. Así como la doctrina sentada, por la que el régimen disciplinario militar “ha de incorporar el sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración universal de Derechos Humanos y a los diversos Convenios Internacionales sobre la materia ratificados por España y que han sido asumidos como decisión constitucional básica”. La STC 22/1982 de 12 mayo, declaraba que el sancionado con privación de libertad tiene el derecho de interponer los oportunos recursos, el derecho de defensa, el de presunción de inocencia y el de utilizar todos los medios de prueba pertinentes y las garantías que reconoce el art. 24 de la Constitución. La STC 44/1983 de 24 mayo, reitera y profundiza la doctrina establecida declarando que “el derecho a ser informado de la acusación es el primer elemento del derecho de defensa que condiciona a todos los demás, pues mal puede defenderse de algo el que no sabe de qué hechos se le acusa”.

constitucionales, penales, procesales y orgánico-judiciales, administrativas y disciplinarias, de urgencia e internacionales⁶¹⁵.

1) Las **político-constitucionales**, comprenden los preceptos recogidos en el articulado de nuestro texto fundamental vigente así como en las leyes orgánicas de desarrollo, en particular:

- Ley Orgánica 5/2005 de 17 noviembre, de la Defensa Nacional.
- Ley Orgánica 4/1981 de 1 junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.
- Ley 85/1978 de 28 diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.
- Además de las referencias contenidas en el texto de la Constitución y en las Leyes Orgánicas que regulan los derechos fundamentales.

2) La existencia de un conjunto de normas **procesales y de organización** de la jurisdicción militar es consecuencia natural de la existencia de un derecho penal militar, en ambos casos como desarrollo del ejercicio legal de la jurisdicción militar según impone el Artículo 117.5 CE.

- Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, que protege los bienes jurídicos fundamentales para las Fuerzas Armadas en cuanto que garantiza el correcto funcionamiento de aquellas en orden al cumplimiento de sus misiones constitucionales y que no es ya una mera reforma, sino un nuevo Código del que se separan las materias procesales y disciplinarias. Afronta cuestiones como el problema de la obediencia de manera que no difiere de la solución adoptada por las Reales Ordenanzas. Suaviza las penas privativas de libertad y permite un margen amplio para graduarlas. En cambio, para los militares mantiene la inaplicación de los beneficios de suspensión de condicional de condena, por razones de ejemplaridad para el mantenimiento de la disciplina.

- Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. La Jurisdicción militar ha sido siempre especializada por el carácter del derecho que aplica y el ámbito en el que se ejerce. Esta Ley Orgánica innova criterios y formas que vienen desde el siglo XIX, por ejemplo, rompe la tradicional asociación entre el ejercicio del mando y la función

⁶¹⁵ Este es el criterio empleado por CASADO BURBANO, P: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. pp. 36-43.

jurisdiccional, que ahora se atribuye exclusivamente a los órganos judiciales militares. Aunque no obstante, reconoce ciertas atribuciones a los mandos militares superiores para velar por la disciplina y otros intereses esenciales, como es la facultad de interponer recurso de casación en determinados casos. La competencia de esta jurisdicción se circunscribe al ámbito estrictamente militar y se extiende a las tropas destacadas fuera del territorio nacional. La unidad de la jurisdicción civil ordinaria y la militar se produce en el vértice y se materializa en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, compuesta por magistrados procedentes de ambas. En la configuración del Tribunal Militar Central y de los Territoriales, aparece el escabinado en cuya asignación de competencias se tiene en cuenta el empleo militar de los encausados, con la finalidad de respetar la jerarquía militar, que junto con la disciplina sostiene la eficacia de las Fuerzas Armadas.

- La Ley Orgánica 2/1989 de 13 abril, Procesal Militar, se caracteriza por haber reforzado las garantías del justiciable. Así, introduce la asistencia letrada desde el momento en que puede haber imputación, así como las figuras del acusador particular y el actor civil. Establece el principio de igualdad de partes, con ciertas matizaciones. Abandona la tendencia a considerar al sumario como parte probatoria esencial, potenciando en cambio el valor de la prueba practicada en juicio oral. Recoge las normas anteriormente dispersas sobre detención de militares. Regula un procedimiento especial para conocer del delito de deserción, más rápido y sin mengua de garantías para el procesado. Relega el procedimiento sumarísimo al tiempo de guerra. Regula los procedimientos no penales en que interviene la jurisdicción militar, como el contencioso-disciplinario militar, etc.

- El Real Decreto 421/1988 de 29 de abril, determina los Mandos Militares Superiores a los fines del artículo 111 de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, es decir, los Mandos Superiores que están legitimados para interponer el recurso de casación contra Sentencias y Autos de sobreseimiento que recaigan en procedimientos por delitos que conozcan los tribunales militares, si el inculpado les está jerárquicamente subordinado o el hecho se ha cometido dentro del territorio de su mando y el inculpado pertenece al mismo ejército. También determina la función de las Asesorías Jurídicas de los referidos Mandos militares superiores.

3) El **régimen disciplinario** es un instrumento legal indispensable por cuanto protege la disciplina, es decir el respeto al orden jerárquico, el cumplimiento de las órdenes y la observancia del conjunto de normas que rigen las Fuerzas Armadas.

Las normas disciplinarias recogen las sanciones a imponer por las infracciones de deberes que no constituyan tipo penal. Anteriormente, el régimen disciplinario venía regulado también en el Código de Justicia Militar de 1945, pero en la actualidad constituyen un cuerpo separado regulado por la Ley Orgánica 8/1998 de 3 de diciembre, Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

4) Cuando se declare el **estado de sitio**, en virtud de la previsión del Artículo 116.4 CE, el Gobierno designará una Autoridad militar que, bajo su dirección, ejecutará las medidas que procedan. En este estado se podrán transferir a la Autoridad militar el ejercicio de determinadas facultades que normalmente corresponden a la Autoridad civil. En ejecución de estas, la Autoridad militar “procederá a publicar y difundir los oportunos *bandos*, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones del estado de sitio”⁶¹⁶. Lo que implica la atribución de facultades legislativas si bien provisionales y limitadas en cuanto a la materia.

5) Por otra parte, en el **ámbito internacional** las fuerzas armadas tradicionalmente han estado sujetas a las llamadas “leyes y usos de la guerra”, que son restricciones acordadas por la comunidad internacional con la finalidad de imponer unos límites mínimos a la actuación de los contendientes en los conflictos bélicos. Estos parámetros de actuación están recogidos en múltiples tratados internacionales que se incorporan al derecho interno según lo previsto en el Artículo 96.1 CE.

⁶¹⁶ Artículo 34. Ley Orgánica 4/1981, de 1 junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Esos *bandos* podrían afectar a la suspensión de los derechos y libertades fundamentales siguientes: derecho a la libertad y seguridad (detención preventiva), inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, libertad de residencia y circulación, libertad de expresión, libre comunicación, secuestro de publicaciones, derecho de reunión y de huelga.

España ha ratificado prácticamente todos los tratados en esta materia, aunque su filosofía ya venía siendo recogida en la legislación militar e impregnando su normativa interna⁶¹⁷.

Así, en las Reales Ordenanzas, se desliga al militar del deber de obediencia “cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra”⁶¹⁸. Precepto que se corresponde con la prohibición expresa a todo mando de “ordenar actos contrarios a las leyes y usos de la guerra”⁶¹⁹. En el Título IV (De las funciones del militar), bajo el epígrafe “En el combate” (Artículos 136 a 142) se incide en esta materia con detalle en cuestiones como la protección a la población civil, la prohibición de guerra sin cuartel o de rehusar la rendición incondicional, o el uso de medios prohibidos, el deber de trato humanitario y el respeto a los muertos, insistiendo en el deber de conocimiento y respeto de “los Convenios internacionales suscritos por España y las leyes y usos de la guerra”. El tema es recurrente porque vuelve a tratarse en el Título V (De los deberes y derechos del militar), “todo militar está obligado a observar estrictamente las normas sobre el uso legítimo de la fuerza, teniendo siempre presente el respeto que merece la vida humana y los preceptos del derecho bélico y humanitario que sean de aplicación”⁶²⁰.

El Código Penal Militar dedica amplia atención (Artículos 69 al 78) a los delitos contra las leyes y usos de la guerra⁶²¹.

3.4.3. b. Vinculaciones con el poder ejecutivo.

⁶¹⁷ Véase la publicación de las Fuerzas Armadas *OR7-004 (2ª Edición). Orientaciones. El Derecho de los conflictos armados*, (tres tomos), Edita Ministerio de Defensa (MADOC). Imprime Centro Geográfico del Ejército, Madrid, 2007.

El Reglamento para el Servicio en Campaña (1882), que sustituyó al Tratado 7º de las Ordenanzas de Carlos III (1768), dedicaba su Capítulo XXVII a las “Nociones del derecho de gentes y leyes de la guerra”, en el que se regulaban aspectos como la declaración de guerra, neutralidad, leyes y usos de la guerra, rehenes, guerrilleros, enfermos y heridos, parlamentarios, prisioneros, y suspensión de hostilidades. “En esta materia la principal autoridad, el juez más imparcial y respetable, el órgano y regulador, es la opinión pública. Ella condena los actos irregulares; crea usanzas y costumbres; dicta fallos soberanos sin apelación; por eso conviene que la opinión se ilustre y que las ideas sobre el derecho de guerra se discutan y generalicen”.

⁶¹⁸ Artículo 34. Ley 85/1978 de 28 diciembre, ROFAS.

⁶¹⁹ Artículo 84. Ley 85/1978 de 28 diciembre, ROFAS.

⁶²⁰ Artículo 170. Ley 85/1978 de 28 diciembre, ROFAS.

⁶²¹ LIBRO SEGUNDO. De los delitos en particular. TITULO SEGUNDO. Delitos contra las Leyes y usos de la guerra.

En el reparto de poderes propio de la evolución del Estado liberal-democrático, las facultades en materia militar se han distribuido entre el poder legislativo y el ejecutivo, con independencia de los aspectos reservados al judicial.

En el caso de la vigente Constitución de 1978, aparece clara la **subordinación** de las Fuerzas Armadas al Gobierno, por el simple examen de sus Artículos 8 y 97, como asimismo ha reiterado la reciente LODN 5/2005. Tampoco se entiende que pudiera ser de otra manera, porque desde su concepto original, el sistema político democrático se basaba en la separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Además, no sería posible otra solución por la existencia del principio de legalidad que obliga a ciudadanos y poderes públicos a someterse a la Constitución y al ordenamiento jurídico y, por pura lógica, tampoco sería viable un sistema político democrático con un poder que administrara la fuerza militar, al margen y sin dependencia del poder civil, como una instancia vigilante que condicionara el juego político a la aplicación de un criterio externo sobre lo que es correcto.

Pero el signo de los gobiernos cambia y las Fuerzas Armadas permanecen, siendo necesario para la buena marcha del sistema que la mencionada subordinación esté lejos de cualquier tendencia partidista, de manera que es preciso que las Fuerzas Armadas sean políticamente neutrales. Asunto en el que ya se adelantó el legislador al extender esta necesidad de neutralidad política de la Institución al ámbito individual, mediante la imposición a los militares de ese mismo deber de neutralidad respecto a los partidos y sindicatos, prohibiéndoles cualquier tipo de actividad participativa en este sentido, según Artículo 182 ROFAS.

Este principio de subordinación se complementa con la configuración de la facultad de disposición sobre las Fuerzas Armadas, como un poder estratificado e intencionadamente diluido y sometido a diversos controles y equilibrios, de modo que no esté en una sola mano la decisión del empleo de la fuerza militar. Así, se separan las facetas del mando, entre el simbólico atribuido al Rey, el efectivo del Gobierno o el técnico de los profesionales de las armas.

Está claro que la defensa y las Fuerzas Armadas son competencia exclusiva del Estado (Artículo 149.4 CE) y que la actuación del poder público se

manifiesta en diversas formas y en distintas fases, distinguiéndose dos grandes áreas, política y administrativa, correspondiendo a la primera las grandes decisiones y a la segunda, la gestión y ejecución de las actividades necesarias para ponerlas en práctica⁶²².

Son **órganos de dirección política**, las Cortes Generales, que como tal institución parlamentaria tienen un papel crucial en materia de defensa, especialmente en aspectos de control.

El Gobierno, que dirige la Administración militar y la defensa del Estado (Artículo 97 CE) y ve reforzada y desarrollada esta facultad con lo dispuesto en la LODN, por corresponderle “determinar la política de defensa y asegurar su ejecución, así como dirigir la Administración militar y acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional”⁶²³.

Las competencias del Presidente del Gobierno en materia de defensa, no explícitas en la Constitución, se detallan en el Artículo 6 LODN que configura su autoridad plena sobre las Fuerzas Armadas. En cambio, al Ministro de Defensa le corresponde el desarrollo y ejecución de la política de defensa y otras funciones delegadas, como dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas, bajo la autoridad de su Presidente, dirigir la Administración militar, determinar y ejecutar la política militar o asistir al Presidente en la dirección estratégica de las operaciones militares⁶²⁴.

Como **órganos de asesoramiento y colaboración**, el principal es el Consejo de Defensa Nacional, que es el “órgano colegiado, coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de defensa”⁶²⁵. El Jefe de Estado Mayor de la Defensa (JEMAD) tiene entre sus funciones la de “asesoramiento militar al Presidente del Gobierno y al Ministro de Defensa, a los que auxiliará en la dirección estratégica de las operaciones militares”⁶²⁶.

Para otras cuestiones, asesoran al Ministro de Defensa y al respectivo Jefe de Estado Mayor, los tres Consejos Superiores del Ejército, Armada y Aire⁶²⁷.

⁶²² Véase CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. p.54.

⁶²³ Véase Artículo 5 LODN, que sustituye y amplía al Artículo 7 de la derogada LODNOM 6/1980.

⁶²⁴ Véase Artículo 7 LODN, que sustituye y amplía al Artículo 10 de la derogada Ley Orgánica 1/1984.

⁶²⁵ Véase Artículo 8 LODN.

⁶²⁶ Véase Artículo 12 LODN.

⁶²⁷ Regulados por Real Decreto-Ley 3/1985 de 10 julio, por el que se determina la estructura y funciones de los Consejos Superiores del Ejército, de la Armada y del Ejército del Aire.

Son **órganos de mando en sentido técnico**:

- El Jefe de Estado Mayor de la Defensa, que tiene atribuido el mando de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas, establecida para el desarrollo de la acción conjunta y combinada y organizada con criterios dirigidos a conseguir la máxima capacidad operativa. Sus funciones giran en torno a esta responsabilidad, para lo que dispone de un órgano auxiliar de mando y apoyo, que es el Estado Mayor de la Defensa.

- Los Jefes de Estado Mayor, que mandan su respectivo ejército bajo la autoridad del Ministro de Defensa, actúan en la estructura orgánica y son los responsables de generar las capacidades necesarias para la estructura operativa.

3.4.3. c. **La cuestión del Mando de las Fuerzas Armadas.**

Tanto el vocablo “mando” como la acción de mandar se utilizan en diversos sentidos⁶²⁸. Incluso existe una clasificación técnico-militar, que lo estructura en mando estratégico, operacional y táctico⁶²⁹.

También ha evolucionado el ejercicio del mando y su otra cara, la obediencia, es objeto de especial interés en el ámbito penal, disciplinario y ético por razones evidentes⁶³⁰.

En los textos constitucionales del siglo XIX, se le atribuye al Rey el mando efectivo de las Fuerzas Armadas, con matices, salvo en los dos periodos republicanos, ya que tanto el Proyecto de Constitución federal de 1873 como el

⁶²⁸ **mando**.(De mandar).1. m. Autoridad y poder que tiene el superior sobre sus súbditos.2. m. Persona o colectivo que tiene tal autoridad. 4. m..alto ~.1. m. Persona u organismo que ejerce la potestad superior en el ámbito militar. U. t.

mandar.(Del lat. mandāre).1. tr. Dicho del superior: Ordenar al súbdito.2. tr. Imponer un precepto..5. tr. Encomendar o encargar algo.6. tr. Manifestar la voluntad de que se haga algo.9. intr. Regir, gobernar, tener el mando. U. t. c. tr. (Diccionario de la Lengua Española DRAE, 22ª edición).

⁶²⁹ A juicio de Alli-Turrillas, “en la actualidad no se aprecia, ni normativa ni doctrinalmente, suficiente claridad en la clasificación y los niveles de mando”. ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit. p.633.

⁶³⁰ En este sentido véanse los diez principios del Documento “Principios del nuevo estilo de mando” dictado por el Jefe de Estado Mayor del Ejército (Teniente General Faura) en octubre 1997, que son: Respeto a la dignidad de la persona. Liderazgo. Espíritu de equipo. Responsabilidad y delegación. Disciplina. Iniciativa y creatividad. Conciencia de comunicación. Competencia profesional. Capacidad de adaptación. Evolución permanente. En *Revista Ejército* n.º. 684, noviembre-diciembre 1997.

texto de 1931, omitieron hacer referencia a las facultades militares del Jefe del Estado⁶³¹.

En las constituciones actuales, la atribución del mando de las Fuerzas Armadas al Jefe del Estado es algo común, con más o menos limitaciones o controles.

La cuestión del mando de las Fuerzas Armadas ha estado llena de contenido hasta la transición española y ya preocupaba desde unos años antes cuando, por la condición física del general Franco, se advertía próximo el cumplimiento de las “previsiones sucesorias” y la consiguiente llamada de don Juan Carlos a ejercer la jefatura del Estado a título de Rey, según la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Estado (LOE) de 10 de enero 1967. Disposición que contenía la previsión de que las atribuciones concedidas hasta ese momento al Jefe del Estado, que configuraban lo que Herrero de Miñón llamaba “competencia omnímoda”⁶³², cesarían con la muerte de quien las ostentaba.

La Ley Orgánica del Estado atribuía al Rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas, en sentido real y efectivo, como Jefe del Estado, pero esta situación no podía ir más allá de la sucesión en la Jefatura, momento en que la autoridad antes personalizada se transferiría a las instituciones, libres ya de la condición suspensiva anterior a que equivalía la no aplicabilidad de las principales disposiciones legislativas⁶³³.

⁶³¹ Aunque en el Decreto del Gobierno Provisional de 4 julio 1931, determinando cómo han de quedar organizados los servicios de la Administración Central y gobierno del Ejército, se consideraba como jefe supremo del Ejército al Ministro de la Guerra. “Artículo 1. El Ministro de la Guerra, como jefe supremo del Ejército, tiene facultades plenas en orden al mando, gobierno y administración de las fuerzas, institutos y servicios militares sometidos a su jurisdicción, conforme a los que dispongan la Constitución de la República y las leyes orgánicas especiales”. Véase en Colección Legislativa del Ejército, año 1931, pp. 452-455.

⁶³² Sostenida sobre las competencias extraordinarias que se atribuyeron al Jefe del Estado según Ley de 30 enero 1938 por la que se organizaba la Administración Central del Estado y de 29 diciembre 1938 (modificadas por Ley de 8 agosto 1939), además de las prerrogativas que le otorgaban los artículos 6 y 13 de la Ley de Sucesión. Véase HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: *El principio monárquico (Un estudio sobre la soberanía del rey en las Leyes Fundamentales)*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, S.A. (EDICUSA), Madrid, 1972, p.10.

⁶³³ Ley Orgánica del Estado (LOE) de 10 enero 1967. Artículo 6: “El Jefe del Estado [...] ejerce el mando supremo de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire,...”.

En definitiva la cuestión que se plantea en 1972, es “¿quién ha de mandar según ese orden institucional que las fuerzas armadas están encargadas de garantizar en virtud del artículo 37 LOE?” y su respuesta es terminante: el Rey, que será el poder soberano del Estado, de acuerdo a las Leyes Fundamentales. HERRERO DE MIÑÓN, M.: *El principio monárquico*, cit. pp.11-12.

Aunque la expresión “mando supremo” de las Fuerzas Armadas y su atribución al Jefe del Estado se mantiene en la Constitución, es una cuestión no exenta de controversia doctrinal, por las distintas interpretaciones en cuanto a su contenido y facultades⁶³⁴.

El Rey, en el ejercicio de las funciones que expresamente le atribuyen la Constitución y las leyes, según el Artículo 56.1 CE, tiene competencias que se concretan en el Artículo 62,f para conferir los empleos militares así como honores y distinciones, el Artículo 62,h que le atribuye el mando supremo, el Artículo 63.3 por el que le corresponde declarar la guerra y hacer la paz y el Artículo 65.2 por el que nombra y releva libremente a los miembros de su Casa. También existen referencias a la real jefatura de las Fuerzas Armadas en el articulado de las Reales Ordenanzas⁶³⁵. Por otra parte, la LODN incluye a la Corona (Artículo 3 LODN) entre los poderes del Estado con atribuciones en esta materia.

Sobre el auténtico significado y alcance del mando supremo de las Fuerzas Armadas que se atribuye constitucionalmente al Rey y sobre las facultades que encierra este, ha habido un amplio debate.

El Artículo 62,h CE está directamente relacionado con el Artículo 8 CE y trae causa del Artículo 56 CE, en cuanto atribuye expresamente al Rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas y la LODN 5/2005, mantiene esta atribución expresa en su Artículo 3. No obstante, la autoridad real y, en particular, su mando supremo sobre las Fuerzas Armadas poseen variados matices.

Existen diversos **criterios** para clasificar las funciones o actos del Rey. En **razón de la fundamentación** de sus actos, las funciones genéricas del Rey se clasifican en: simbólica, representativa, moderadora y arbitral. Las dos últimas se fundamentan en la *auctoritas* y no en la *potestas*. Negar esta afirmación equivaldría a sostener la pervivencia de algún tipo de “prerrogativa regia”, que es

⁶³⁴ Herrero de Miñón, distingue tres facetas del mando. Mando *eminente*, concretado en actos simbólicos, de contenido moral; mando *efectivo*, que puede llegar hasta la asunción del mando del ejército combatiente; *alto mando*, expresión de la competencia para decidir las grandes opciones estratégicas. En su opinión, la LODNOM (ahora derogada por LODN 5/05) fue un desarrollo que desvirtuó el sentido de la parte orgánica de nuestra Constitución, a reducir la figura real al mando eminente, bajo la dirección política del presidente del Gobierno, que asume la competencia personal y exclusiva (no ya del Gobierno), en detrimento de la configurada por la Constitución, que diseña la competencia de defensa nacional como compartida entre Rey y Gobierno. HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: “El Rey y las Fuerzas Armadas”, *Revista del Departamento de Derecho Político*. Nº.7. Otoño. UNED, Madrid, 1980.

⁶³⁵ Véase Artículo 2 ROFAS.

incompatible con el principio general de la necesidad de refrendo de sus actos. Estas cuatro funciones expresan la singular autoridad que reviste la institución monárquica y al margen de ellas no caben otras funciones específicas que las expresamente atribuidas por la Constitución y las leyes⁶³⁶.

El nombramiento de los empleos militares y el otorgamiento de honores y distinciones (Artículo 62,f CE), es una facultad considerada de carácter formal o simbólico, trasunto de la tradición histórica de nuestro constitucionalismo monárquico.

En **razón de su carácter**, las funciones que el Artículo 56.1 CE atribuye al Rey también pueden clasificarse en discrecionales y regladas, recogiendo las competencias necesarias para ejercer esas funciones en los Artículos 62 y 63 CE⁶³⁷.

En función **de la relevancia política** de los actos y partiendo de que prácticamente todos los actos del Rey tienen alguna, se pueden agrupar estos en cinco clases. El primer grupo lo constituyen los actos referidos a su *auctoritas*, que componen las funciones persuasivas o de influencia, propias de su *estatus* como Jefe del Estado (Artículo 56.1 y Artículo 62 h, i, j CE). El segundo grupo son las funciones de naturaleza "relacional", que complementan actos de otros órganos del Estado (Artículo 62 a,b,c,d,e,f,g CE). El tercero, la función internacional del Rey a que se refiere el artículo 56.1 en relación con el Artículo 63 CE. El cuarto grupo comprende los actos privados (Artículo 65 CE). El quinto, es la función de "guardar y hacer guardar" la Constitución, derivada de su juramento (Artículo 61.1 CE)⁶³⁸.

Lo cierto es que en la vigente Constitución (Artículo 62,h CE) el Rey **ejerce el mando supremo** de las Fuerzas Armadas sin poderes reales y efectivos sobre

⁶³⁶ Alzaga, entre los diversos criterios que ha esgrimido la doctrina española para ordenar las facultades que integran las funciones constitucionales del Rey, expone los tres básicos: A) En base al criterio de adscripción de las facultades regias en las funciones que el Artículo 56.1 CE atribuye al Rey. B) En función del criterio de su relación con los tres poderes clásicos del Estado. C) En función del criterio del refrendo. Alzaga opta por el B) que se desglosa en tres facultades, las conexas con el Gobierno, las relacionadas con las Cortes Generales y las vinculadas al Poder Judicial. Véase ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Derecho político español...*, cit. p. 450.

⁶³⁷ En este sentido véase PAPELL, Antonio: *La Monarquía española y el Derecho constitucional europeo*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1980, pp. 79-84. Papell no está de acuerdo con esta interpretación del Artículo 56.1 CE, por el contrario entiende que todas las funciones, explícitas o no, están englobadas en el mandato constitucional.

⁶³⁸ Véase Sinopsis del Artículo 62 realizada por José Fernando Merino Merchán, Letrado de las Cortes Generales. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.

ellas, más bien como instancia de influencia, porque la dirección de la Administración militar y la defensa del Estado está atribuida al Gobierno (Artículo 97 CE).

Pero lo que sí parece generalmente aceptado es que la actuación del Rey, como árbitro y moderador de las instituciones, se basa más en la *auctoritas* que en la *potestas*, se apoya más en la autoridad personal y en el carisma que en los poderes que constitucionalmente o en el ordenamiento se le atribuyan. En España, esta base del mando, que aparentemente pueda parecer escasamente operativa, se ha mostrado plenamente eficaz en la práctica para salvar situaciones de especial gravedad para la pervivencia del sistema político, por más que esto no equivalga a sustraer la competencia gubernamental de dirigir la política exterior e interior, civil y militar (Artículo 97 CE). Eficacia contrastada en situaciones de crisis constitucional, al margen de los mecanismos de control que habilita el Artículo 116 CE y la Ley Orgánica 4/81 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio; pareciendo como si por su papel en la guarda de la Constitución, su mando supremo sobre las Fuerzas Armadas y las misiones que a estas les fija el Artículo 8 CE, el Rey pudiera adoptar, si bien excepcionalmente, ciertas iniciativas dirigidas a restablecer la normalidad, aunque normativamente carezca de poder de decisión sobre las Fuerzas Armadas⁶³⁹.

La doctrina mayoritaria entiende este “mando supremo” como puramente **simbólico**, aunque con toda la fuerza de los símbolos, puesto que a eso conduce la conjunción de máxima autoridad y nula competencia legal para ejercerla.

⁶³⁹ Porrás Ramírez clasifica las competencias que la Constitución otorga a la Corona en su condición de supremo órgano constitucional del Estado en: declarativa, relacional, de suplencia extraordinaria de las instituciones y de organización y autogobierno interno. En caso extremo y por imposibilidad de funcionamiento normal de las instituciones, la función de suplencia extraordinaria es la que permitiría activar, el “poder de reserva” que el Rey posee y le faculta para sustituirlas por entero. El fundamento de tal poder está en la misma Constitución “cuando esta asigna al Rey la atribución, ordinariamente vacía de *potestas* efectiva, por ser, de modo habitual, su significación y alcance de exclusiva índole político-simbólica, de ejercer el mando supremo de las Fuerzas Armadas [art. 62.h) CE]”. Poder de reserva que se activó automáticamente el 23 de febrero de 1981, cuando no necesitó de refrendo alguno para impartir las órdenes necesarias para la restauración del orden constitucional. Véase PORRAS RAMÍREZ, José María: *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995, pp.190-203.

Alzaga opina que aquella actuación del monarca el 23 de febrero 1981, sin refrendo, respondió a una situación de estado de necesidad. ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Derecho político español...*, cit. p. 449.

Lo que parece claro es que el mando militar en sentido estricto, se atribuye a órganos administrativos de carácter técnico o especializado, en tanto que los términos como “mando supremo, alto mando, jefe o comandante supremo”, se utilizan en sentido político.

Aunque hay un sector doctrinal⁶⁴⁰ que ha defendido un cierto carácter efectivo del mando del Rey sobre las Fuerzas Armadas (Artículo 62, h CE), generalmente está admitido el carácter **no efectivo** de este, que es eminente y complementario de la facultad de dirección de la Administración civil y militar que el Artículo 97 CE otorga al Gobierno, posición que se refuerza con la precisión del Artículo 64 CE de que todos los actos del Rey, deben ser refrendados⁶⁴¹.

Sánchez Agesta entiende que el Rey puede tomar iniciativas diferentes, en esta materia, de las que la Constitución asigna al Gobierno. En cambio, Alzaga Villaamil considera que el ejercicio de esta competencia corresponde por entero al Gobierno, que por el Artículo 95 CE la tiene atribuida sobre la administración civil y militar y la defensa del Estado⁶⁴². Casado Burbano opina que el cauce para que el mando supremo tenga eficacia es a través de la actuación del Rey como árbitro y moderador del funcionamiento regular de las instituciones, que es donde encaja la práctica de enviar mensajes a las Fuerzas Armadas (Pascua Militar), su eventual asistencia a las reuniones del Consejo de Defensa Nacional o su habitual presidencia de actos relacionados con las Fuerzas Armadas (entregas de despachos, Día de las Fuerzas Armadas, etc), pero desde luego, ninguna de estas facultades le permite el ejercicio del mando militar en sentido técnico⁶⁴³.

En esta línea cabe argumentar que si bien en el Artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1984 se atribuía al Rey la presidencia de la Junta de Defensa Nacional, que lo asesoraba a él y al Presidente del Gobierno, en la ahora vigente LODN que la deroga, el Consejo de Defensa Nacional asesora al Presidente y al Rey se le informará, en su caso. Asimismo, la presidencia del Consejo corresponde al Presidente del Gobierno, es decir, que se refuerza el carácter simbólico del mando, pero no el efectivo.

⁶⁴⁰ Señaladamente, Sánchez Agesta y Herrero de Miñón.

⁶⁴¹ Véase ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Derecho político español...*, cit. pp. 445-465.

⁶⁴² Papell se adhiere a la opinión de Alzaga. Véase PAPELL, A.: *La Monarquía española...*, cit. pp.83-84.

⁶⁴³ Véase CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. pp.66-67.

En resumen, el mando del Rey sobre las Fuerzas Armadas tiene un carácter simbólico, ya que la dirección de la guerra y la defensa del Estado corresponde al Gobierno, quedando a los Jefes militares los aspectos técnicos como el asesoramiento y el mando de las tropas para la ejecución de las operaciones militares⁶⁴⁴.

Una vez tratada esta cuestión, pudiera quedar la sensación de un excesivo empeño en insistir en el perfil exacto de esta atribución del mando al Rey, para tan magro resultado, dado su carácter simbólico, pero en este carácter se descubren al menos dos claves de su importancia. Por un lado, el hecho de que el mando atribuido se fundamente en el Artículo 56 CE que define la figura del Rey como símbolo de la unidad y permanencia del Estado, por lo que se hace explícito su mando sobre las Fuerzas Armadas a las que el mismo texto asigna la misión de defender el ordenamiento constitucional. Podría haberse silenciado esta atribución del mando, pero el constituyente no lo hizo, sino que subraya el carácter simbólico (mando supremo) y refuerza el carácter institucional de las Fuerzas Armadas o por mejor decir, no puramente administrativo. La segunda clave está en que la atribución real de ese mando simbólico preserva la neutralidad política de las Fuerzas Armadas, ya que al hacerlas depender de la Jefatura del Estado su mando queda al margen de opciones políticas⁶⁴⁵.

3.4.3. d. Vinculaciones con el poder judicial.

⁶⁴⁴ Serrano Alberca plantea la duda de si este carácter simbólico podría quedar desvirtuado por la facultad real de destinar personal militar a su servicio libremente (Artículo 65.2 CE) o la posibilidad de que los militares puedan llegar hasta el Rey “con la representación de su agravio” según el derogado Artículo 201 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Pero él mismo deshace la duda, en el primer caso argumentando que no es algo exclusivo del personal militar, que en este caso está en paridad con el civil y en el segundo, porque este “recurso” sería tramitado por la Administración militar según las normas habilitadas para el ejercicio del derecho de petición. Véase Serrano Alberca en GARRIDO FALLA y OTROS: *Comentarios a la Constitución*, cit. p.128.

⁶⁴⁵ En esta línea se manifestó el Sr. Fraga Iribarne: “...contra una afirmación que se hizo en el debate del artículo 1, [...], de que la Monarquía con el mando de las Fuerzas Armadas ha venido a consolidar la supremacía del poder militar sobre el poder civil, yo quiero decir que, justamente, esta Constitución, en su bastante delicado equilibrio, en este punto viene a decir exactamente lo contrario: que la Corona, al frente de las Fuerzas Armadas, es garantía justamente de la neutralidad de estas en el proceso político, como por cierto se ha demostrado ya, y no es una teoría, en los dos últimos años”. Diario Sesiones Congreso Diputados de 5 julio 1978, nº. 104, p.3881.

Desde que existen los ejércitos hay justicia militar, que nace de la ineludible e imperiosa necesidad de disponer de un instrumento eficaz para ordenar y disciplinar la actuación de estos, en una concepción tan estrecha que tradicionalmente y hasta fechas cercanas, se asociaba el ejercicio del mando con la facultad de juzgar.

Aunque generalmente la atención se centra en los aspectos sancionadores, como medio de mantener la disciplina mediante procedimientos expeditivos penales y disciplinarios, no es menos cierto que la justicia militar también abarcaba otros aspectos al margen de los de carácter sancionador, entendiéndosela en sentido equitativo, de dar a cada uno lo que le corresponde⁶⁴⁶. Actualmente pervive el aspecto sancionador, porque los otros están resueltos por la normativa común.

En el **ámbito comparado**, aunque los ordenamientos actuales consideran normal la existencia de tribunales militares, varían bastante las soluciones adoptadas para configurar la jurisdicción militar, aunque es posible identificar algunos elementos comunes, a modo de mínimo común denominador, como son la existencia de órganos jurisdiccionales militares con carácter permanente, la intervención de elementos civiles, la pluralidad de instancias que posibilitan los recursos y el concepto restrictivo de delito militar. En síntesis, lo que esta configuración mínima persigue es reducir la competencia y reforzar la independencia de los órganos jurisdiccionales castrenses, así como las mayores garantías procesales y la integración de esta jurisdicción en la ordinaria.

Se distinguen al menos dos modelos, el anglosajón y el continental europeo, con una subclase que limita la jurisdicción militar al tiempo de guerra. El anglosajón es seguido por el Reino Unido y los Estados Unidos de América, sobre la base del sistema británico, una de cuyas características fundamentales es la regulación rigurosa de la competencia de las *Courts Martial*, especialmente en cuanto a las personas que se pueden juzgar, siendo la regla general la no sujeción de los civiles, ni aún en tiempo de guerra, si bien con alguna excepción;

⁶⁴⁶ Así ha pervivido en las vigentes Reales Ordenanzas. Artículo 14 ROFAS: “La justicia debe imperar en los Ejércitos de tal modo que nadie tenga nada que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad”. Artículo 91 ROFAS: “Ejercerá su autoridad con firmeza, justicia y equidad, evitando toda arbitrariedad, procurando ser graciable en cuanto pudiere y promoviendo un ambiente de responsabilidad, interior satisfacción y mutuo respeto y afecto”.

otra, es la falta de distinción clara entre infracciones penales y disciplinarias. Las *Courts Martial* estarán compuestas por oficiales de las Armas que actúan como jueces, con un Auditor como técnico, y en ambos países no son órganos permanentes sino que se convocan para uno o varios casos concretos conforme a un procedimiento.

El modelo continental europeo no es homogéneo, el de Italia ha inspirado en gran parte las reformas de la jurisdicción militar española; Francia y Alemania han limitado la jurisdicción castrense al territorio nacional para el supuesto de guerra, suprimiendo sus competencias en tiempo de paz y Holanda ha insertado Salas militares en los tribunales de la jurisdicción ordinaria, de composición mixta (un jurídico militar y dos jueces)⁶⁴⁷.

La jurisdicción es **una función soberana** del Estado, que si en el absolutismo era una faceta más del poder total que el rey ejercía, en los regímenes constitucionales se configuró como distinto y específico por razón del principio de separación de poderes, lo que excluye también la pervivencia de las antiguas jurisdicciones estamentales (fueros) que nacían de una concesión real.

En la actualidad, la legitimación democrática del Poder Judicial hecha por el Artículo 117.1 CE al señalar que "la justicia emana del pueblo", no es sino una concreción de lo dispuesto en el Artículo 1.2 CE "la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado".

No obstante, por lo complejo del ordenamiento jurídico, el principio de unidad jurisdiccional no impide la existencia de juzgados o tribunales especializados, siempre que esto no provoque desigualdades que se traduzcan en merma de las garantías del justiciable.

La Constitución vigente ha optado por el mantenimiento de la **jurisdicción militar** aunque establece el principio de unidad jurisdiccional y fija el marco de esta jurisdicción, con un tratamiento cuyo precedente inmediato cabe encontrarlo en 1931⁶⁴⁸.

⁶⁴⁷ Véase en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La jurisdicción castrense en Inglaterra, Estados Unidos e Italia", *Boletín de Información CESEDEN* n.º 224, 1992, pp.11-32.

⁶⁴⁸ En particular en los Decretos del Gobierno Provisional de la República de 17 abril y 11 de mayo de 1931, cuya filosofía se incorporaría al texto constitucional. El primero derogaba la Ley de Jurisdicciones de 1906 y el segundo reducía la competencia jurisdiccional de los Tribunales de Guerra a los hechos o delitos esencialmente militares por razón de la materia, desapareciendo la competencia basada en la calidad de la persona o el lugar de de ejecución (Artículo 1), separaba

“El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”. (Artículo 117.5 CE).

La doctrina ha advertido un doble sentido en el significado del Artículo 117.5 CE. Por un lado, supuso el reconocimiento de la existencia de la jurisdicción militar (sentido descriptivo) tal como estaba en el año 1978; por otro, al considerar inconstitucional aquella configuración, el constituyente ordenaba su adecuación constitucional mediante la regulación legal conforme a los principios de la CE (sentido prescriptivo)⁶⁴⁹.

En síntesis, ese marco jurisdiccional está compuesto por la naturaleza de la jurisdicción militar, que es auténtica jurisdicción, como demuestra su incardinación en el Título VI (Del Poder Judicial). Por otra parte, se delimita el ámbito de actuación de esta jurisdicción con dos vertientes, una normal en el estrictamente castrense y otra excepcional, para los supuestos de estado de sitio y, naturalmente, esta jurisdicción actuará conforme a los mismos principios que los tribunales ordinarios⁶⁵⁰.

El Artículo 117.5 CE no ha estado exento de dificultades de interpretación, siendo una de las mayores la delimitación del concepto jurídico indeterminado “**ámbito estrictamente castrense**”, con posiciones doctrinales que oscilan entre claves interpretativas como la eficacia de los ejércitos, la protección de la disciplina o su relevante carácter instrumental para la defensa nacional; por lo que

mando y potestad jurisdiccional y creaba una Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo, disolviendo el Consejo Supremo de Guerra y Marina. Véase en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia”, *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992 b, pp.14-17.

⁶⁴⁹ Ambos aspectos son desarrollados por RODRÍGUEZ-ZAPATA PEREZ, Jorge: “La jurisdicción militar en el Art. 117.5 de la Constitución”, en García Lozano, Carlos (Director), *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Estudios de Derecho Judicial 112, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 15-43.

⁶⁵⁰ Como son, entre los principios informadores, el principio de unidad jurisdiccional (Artículo 117.5 CE), independencia y legalidad (Artículo 117.1 y 117.2 CE), exclusividad positiva y negativa (Artículo 117.3 y 117.4 CE), plenitud (Artículo 117.3 CE), imperatividad (Artículo 118 CE). Entre los procesales, los de oralidad, publicidad y motivación de las sentencias (Artículo 120 CE). Además de los propios del reconocimiento constitucional de garantías y derechos fundamentales.

habrá que determinar, en cada caso concreto, el alcance de este concepto jurídico indeterminado combinando los criterios objetivo, subjetivo y funcional⁶⁵¹.

Según la Ley Orgánica 13/1985 de 9 diciembre, Código Penal Militar,

“La tipificación de conductas constitutivas de delito militar, [...], queda básicamente centrada en los «delitos exclusiva o propiamente militares», pero excepcionalmente contempla supuestos que afectan al servicio y a los intereses del Ejército, en que los no militares pueden ser sujetos activos de un ataque a la Institución Armada con lesión del bien jurídico tutelado, pudiendo resultar delito militar formal y materialmente” (Preámbulo).

Asimismo, la Ley Orgánica 4/1987 de 15 julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, circunscribe la competencia de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense, en tiempo de paz, lo que incluye la extensión de su competencia a cualquier clase de delito en el caso de tropas desplazadas fuera de territorio nacional. No obstante, las Cortes Generales pueden modificar ese ámbito para tiempo de guerra. En esta lógica, también se plantea una organización distinta de los tribunales militares para tiempo de paz y para tiempo de guerra, para así “cubrir una flexibilidad imprescindible para la adaptación de los órganos judiciales militares a las necesidades de unas Fuerzas Armadas en operaciones” (Preámbulo).

En suma, lo que se pretende recurriendo a este concepto indeterminado es la mejor protección de los intereses de las Fuerzas Armadas en cuanto sean coincidentes o afecten a la defensa nacional y en consecuencia, se protegerá preferentemente el cumplimiento del servicio y la disciplina, como criterio material, empleando como secundarios los criterios competenciales de lugar y persona. El empleo de este criterio en razón de la persona supone para el militar profesional una distinción gravosa respecto al ciudadano común, por razón de su mera pertenencia a las Fuerzas Armadas⁶⁵².

⁶⁵¹ STC 60/1991 de 14 de marzo, FJ 3: “...la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense”. Fernández Segado se decanta por conectar el ámbito competencial de la jurisdicción militar con la razón de ser de las Fuerzas Armadas, que no es otra que la defensa militar de España, para lo que es indispensable que estas constituyan una organización eficaz para el cumplimiento de las misiones constitucionalmente asignadas. Véase en FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El marco ocntitucional...”, cit. pp.30-34.

⁶⁵² Véase Serrano Alberca en GARRIDO FALLA y OTROS: *Comentarios a la Constitución*, cit. pp.1685-1691.

La jurisprudencia constitucional ha precisado los estrechos límites del ámbito competencial de la jurisdicción militar, aunque matizando que esta limitación al ámbito estrictamente castrense no equivale a que la condición de no militar y el no hallarse en una situación de estado de sitio, evite en toda circunstancia el caer bajo la jurisdicción castrense⁶⁵³.

No obstante la *vis atractiva* que ejerce la jurisdicción ordinaria para las infracciones penales cometidas en tiempo de paz, “el principio rector de la delimitación de la competencia castrense no puede ser otro que el de la protección de los ejércitos en cuanto instrumento de la defensa nacional”, que es la base sobre la que deben girar los criterios de delimitación de competencias⁶⁵⁴.

Tampoco ha faltado alguna interpretación del Artículo 117.5 CE, extrema por lo crítica que, sobre la base de una concepción institucionalista de las Fuerzas Armadas, preconiza la conservación del modelo clásico, anterior y preconstitucional, con argumentos en positivo como la mejor participación ciudadana en la Administración de la justicia penal (Artículo 125 CE) y en

“Aparte de los datos legales, los criterios objetivo, subjetivo y funcional servirán para delimitar, caso a caso, el ámbito de lo estrictamente castrense”. RODRÍGUEZ-ZAPATA PEREZ, J.: “La jurisdicción militar...”, cit. p. 41.

⁶⁵³ STC 60/1991 de 14 de marzo. (Cuestión de inconstitucionalidad). “La relevancia constitucional del deber de defensa de España [...] ha permitido al legislador calificar como delito la conducta de quien se niegue injustamente a cumplir ese servicio, [...] delito militar en sentido propio, tanto en su aspecto objetivo como también por la condición subjetiva del justiciable”. Aunque en la misma Sentencia también se dice que los criterios de atribución de asuntos o materias a la jurisdicción castrense deben ser interpretados restrictivamente.

“En un primer momento el Tribunal acogió para la delimitación de esta jurisdicción una concepción objetiva, prestando atención de manera exclusiva a la naturaleza militar del bien jurídico lesionado: STC 75/1982, de 13 de diciembre. Pero esta concepción que concedía a la jurisdicción militar una competencia desmesurada tuvo que ser sustituida por otra, no solo objetiva sino también subjetiva, vinculada al carácter militar del sujeto y también funcional, ligada a la naturaleza de los derechos y obligaciones en juego: STC 60/1991, de 14 de marzo. En esta resolución se afirma que el elemento clave para definir el ámbito castrense son los derechos y obligaciones que corresponden al militar en cuanto militar”. GUDE FERNÁNDEZ, Ana: *El habeas corpus en España. Un estudio de la legislación y de la jurisprudencia constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 79.

⁶⁵⁴ El Artículo 117.5 CE impide al legislador atribuir arbitrariamente a los órganos de la jurisdicción militar el conocimiento de delitos ajenos al ámbito estrictamente castrense y lo estrictamente castrense solo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir, los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional, como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión. Véase en Sinopsis del Artículo 117 realizada por Sylvia Martí Sánchez. Letrada de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Diciembre 2003.

negativo, como la falta de independencia de jueces y vocales de los tribunales militares en el sistema actual⁶⁵⁵.

Parada Vázquez lamenta la práctica desaparición de la justicia militar, “jibarizada en sus competencias tradicionales y alterada sustancialmente en la composición de sus órganos: antes militares asistidos por juristas (jurídico-militares), ahora integrada por juristas (jurídico-militares) asistidos de militares”. Sostiene que la vía disciplinaria militar ya no es un instrumento efectivo para mantener la disciplina, por la carga de las garantías procesales de que dispone el sancionado lo que, a su juicio, produce el efecto perverso del recurso a otras vías sancionadoras encubiertas, como la actividad calificadora de los superiores, ya que pese a que estas calificaciones o evaluaciones son un elemento esencial para el desarrollo de la carrera y promoción profesional, es una actividad que “ni es transparente ni es impugnable, lo que la hace constitucionalmente sospechosa”⁶⁵⁶.

Incluso hay quien se cuestiona la justificación y necesidad de existencia de la jurisdicción militar, al menos en tiempo de paz⁶⁵⁷.

“Una propuesta para la reflexión es la de mantener solo una estructura especial penal militar para tiempo de guerra, llevar las conductas menos

⁶⁵⁵ Opinión sostenida por Parada Vázquez, que es especialmente crítico con la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, a la que tacha de inconstitucional, al entender que la regulación de la jurisdicción militar a que se refiere el Artículo 117.5 CE es para los aspectos procesales y sustantivos, no para los orgánicos, pues contemplar estos equivale a configurar un orden jurisdiccional más. Véase en PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: “Toque de silencio por la justicia militar”, *Revista de Administración Pública*, nº.127, enero-abril 1992, pp. 7- 43.

⁶⁵⁶ Parada Vázquez, en el Prólogo a ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit. pp. 27-28.

En cambio, a juicio de Rodríguez-Zapata, la composición mixta de los Tribunales militares entra en los márgenes discrecionales que concede el Artículo 117.5 CE al legislador, por lo que, desde el punto de vista constitucional, considera fácilmente superables las críticas de que ha sido objeto esta composición. Véase RODRÍGUEZ-ZAPATA PEREZ, J.: “La jurisdicción militar...”, cit. p. 39.

⁶⁵⁷ En la Universidad de Córdoba se ha defendido (20 noviembre 2004) la Tesis doctoral *Manifestaciones individuales de los delitos contra la disciplina militar* en la que su autor se preguntaba sobre la necesidad de mantener la jurisdicción militar en la actualidad, con la organización y competencias que tiene asignadas en la legislación vigente, estimando que, dado que la necesidad de protección de la disciplina es menor en las actuales circunstancias de profesionalización y especialización técnica de los miembros de las Fuerzas Armadas, esto debe provocar la revisión del Derecho penal militar, para limitarlo únicamente a los delitos contra la disciplina y el servicio, homologándolo con el Derecho Penal común. Asimismo, sería conveniente que las competencias que actualmente tiene asignadas la jurisdicción militar en tiempo de paz, fueran asumidas por la jurisdicción ordinaria, conforme a una deseable racionalización y progresiva homologación del Derecho penal militar con el común, aunque lo dicho no obste para que el Régimen disciplinario mantenga el protagonismo necesario. (Según extracto facilitado por su autor el Dr. D. José López Sánchez).

graves al Derecho disciplinario militar y trasladar al Texto punitivo común las que, con absoluto respeto al principio de intervención mínima del Derecho penal, necesiten una protección de este tipo con criterios agravatorios o con tipos absolutamente autónomos cuando la especialidad de la norma en atención a la naturaleza y el objetivo específico de la milicia así lo demande”⁶⁵⁸.

En cualquier caso, los argumentos a favor o en contra de la jurisdicción militar son de distinto enfoque, bien jurídicos, bien políticos o simplemente prácticos⁶⁵⁹.

La Ley Orgánica 5/2005, dedica un artículo a la naturaleza y funciones de la jurisdicción militar en el que se reafirma y matiza lo expresado en el texto constitucional.

“Los órganos de la jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, basan su organización y funcionamiento en el principio de unidad jurisdiccional y administran justicia en el ámbito estrictamente castrense y, en su caso, en las materias que establezca la declaración del estado de sitio, de acuerdo con la Constitución y lo dispuesto en las leyes penales, procesales y disciplinarias militares”. (Artículo 14 LODN)⁶⁶⁰.

Como se ha dicho, esta misma Ley Orgánica ha prohibido los Tribunales de Honor en el ámbito militar.

La jurisdicción militar está regulada por la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, por la que se creó la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, cuyo Presidente es nombrado conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para los presidentes de Sala del Tribunal Supremo, engarzando así la jurisdicción militar con la jurisdicción ordinaria en el vértice del sistema, conforme al principio de unidad jurisdiccional.

⁶⁵⁸ MORILLAS CUEVAS, Lorenzo: “El militar ante el derecho penal”, en Pérez-Serrabona González, José Luis (Ed.), *El estatuto profesional del militar del siglo XXI*, Universidad de Granada, 2002, p.191.

⁶⁵⁹ A favor se esgrime el mejor conocimiento del juzgador, las especialidades de la vida militar, la importancia de los intereses a defender, la necesidad de mantener la disciplina, etc. En contra se argumenta la lesión del principio de unidad jurisdiccional, el encubrimiento de privilegios o la dependencia de los jueces militares. Véase CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. pp.82-83.

⁶⁶⁰ El Artículo 40, que constituía el Título VII (De la Jurisdicción Militar) de la derogada Ley Orgánica 6/80 LODNOM, era más extenso y contenía precisiones respecto al procedimiento penal militar, así como aspectos de la organización de esta jurisdicción. Lo que es propio de la época en que se promulgó esta Ley Orgánica (1980), coincidente con la reforma del Código de Justicia Militar de 1945.

Esta Ley Orgánica ha sido renovada en diversas ocasiones para adaptarla a los principios constitucionales, como ocurrió con la Ley Orgánica 9/2003 de 15 de julio, que modificó la composición numérica de los Tribunales Militares para celebrar juicio oral y dictar sentencia en procedimientos por delito y en los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar (ahora son tres miembros en lugar de cinco), constituyéndose la Sala por el Auditor presidente o quien le sustituya, un Vocal Togado y un Vocal Militar, para que así sean distintos los integrantes de la Sala de los que hayan adoptado resoluciones anteriores en el mismo procedimiento y poder garantizar plenamente el derecho a un juez imparcial⁶⁶¹.

Completan la normativa básica de la jurisdicción militar, la Ley 44/1998 de 15 de diciembre de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar y la Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, Procesal Militar.

3.4. 4. LAS REALES ORDENANZAS PARA LAS FUERZAS ARMADAS (LEY 85/78 DE 28 DE DICIEMBRE).

Recién nombrado Ministro de Defensa, el General Gutiérrez Mellado decidió acometer la tarea tantas veces inconclusa de revisar las Ordenanzas, para lo que el 13 de Septiembre de 1977 dirigía a la Junta de Jefes de Estado Mayor (JUJEM) una “**Directiva** para la redacción de unas nuevas Ordenanzas”, en la que justificaba la necesidad de actualizarlas en la “profunda transformación política y socioeconómica de nuestra Patria y la ratificación por parte española del Pacto Internacional de Derechos Humanos”.

Según esta Directiva, debía respetarse la redacción original de los artículos que recogieran preceptos perennes, como indicativo de la simbiosis que debe

⁶⁶¹ “El desarrollo de este derecho ha dado lugar a una conocida y ya consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, referida a la denominada imparcialidad objetiva, que se deriva del art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Según doctrina jurisprudencial, la imparcialidad objetiva puede verse comprometida cuando alguno de los miembros que forman el Tribunal ha intervenido con anterioridad adoptando algún tipo de decisión en el seno del mismo procedimiento que le haya obligado a entrar en contacto con el material probatorio obrante en aquél o emitido alguna valoración o juicio sobre los hechos investigados, susceptible de producir algún prejuicio sobre la culpabilidad del acusado”. Véase en Sinopsis del Artículo 11 realizada por Sylvia Martí Sánchez. Letrada de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Diciembre 2003.

existir entre tradición y futuro. Las nuevas Ordenanzas deberían contener derechos, deberes, normas de comportamiento para todos los militares, de soldado a general, y posteriormente se redactaría una Ordenanza específica para cada uno de los tres Ejércitos. El trabajo debía hacerse con amplitud de conceptos y visión de futuro, para que fueran duraderas, y en la Comisión redactora “deberán tener cabida Jefes y Oficiales que unan a su espíritu militar una mentalidad abierta que les permita intuir con acierto cómo pueden ser las normas idóneas no solo para el presente, sino que pervivan en el futuro”. Se pretendía que las nuevas Ordenanzas hicieran innecesario legislar un “Estatuto del Militar”, para lo que se debería recoger en ellas los posibles contenidos de aquel, teniendo en cuenta lo regulado en países afines como Francia, Italia, Alemania o Inglaterra. También se precisaba que los preceptos del entonces vigente Código de Justicia Militar, que estaba en revisión, no condicionarían a la Comisión, a la que por el contrario se le ofrecía la posibilidad de hacer llegar propuestas a los revisores de este⁶⁶².

⁶⁶² La Orden publicada en el Boletín Oficial de Defensa constaba de un preámbulo y cinco artículos, en los que creaba una Comisión Interejércitos, para la revisión, actualización y redacción de un Anteproyecto de nuevas Reales Ordenanzas, nombraba a sus miembros, daba normas administrativas, ordenaba a la JUJEM que facilitara sus trabajos, fijaba la fecha de inicio en el inmediato 14 de Noviembre y el 1 de Febrero de 1978 como tope para entregar el Anteproyecto. En el preámbulo señalaba que “las normas de comportamiento, deberes y derechos del militar vienen definidas, fundamentalmente, en las Ordenanzas y, entre otras disposiciones, en el Régimen Interior de los Cuerpos y en el Código de Justicia Militar”. Las nuevas deberían seguir en lo posible el esquema de las de Carlos III, que se tendrían como antecedente junto con los trabajos realizados por las anteriores Comisiones y otras disposiciones, con idea de que tuvieran tan larga validez como las hasta entonces vigentes.

La Comisión Interejércitos estaba formada por:

Presidente: General de División de Infantería de Marina D. Francisco Martínez de Galinsoga y Ros. Vicepresidente: General de Brigada de Infantería D. Jesús Ruiz Molina.

Secretario: Coronel de Aviación D. Ramón Salas Larrazábal.

Vocales: Coronel de Infantería D. Enrique Fernández de Lara. Capitán de Navío D. Raúl Hermida y Sánchez de León. Teniente Coronel de Aviación D. Luis de Marimón Riera. Comandante de Infantería D. Hilario Martín Jiménez. Comandante de Infantería D. Francisco Laguna Sanquirico. Comandante de Infantería D. Daniel Serradilla Vallinas. Capitán de Corbeta D. Pedro Fernández Núñez (posteriormente sustituido por el Comandante de Máquinas D. Antonio Pazos Gómez). Comandante de Infantería de Marina D. Gonzalo Parente Rodríguez. Comandante de Aviación D. Miguel Ruiz Nicolau. Comandante Auditor del Ejército D. Vicente López Henares. Capitán de Ingenieros D. Miguel Silva Vidal. Capitán Interventor del Ejército del Aire D. Agustín Albadalejo Pérez.

Asesor jurídico: Comandante Jurídico del E. Aire D. Miguel Sáenz Sagaseta de Ilurdoz.

Asesor histórico: Coronel de Infantería D. José Gárate Córdoba.

Asesor filológico: Comandante de Infantería D. Miguel Alonso Baquer.

Posteriormente se nombró también al Teniente Coronel Capellán del ET D. Pablo Cabrera Arias. (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa nº.252. Sábado 5 noviembre 1977.)

3.4.4. a. **Carácter y vigencia de las Reales Ordenanzas.**

Las Ordenanzas tienen una larga tradición en los ejércitos españoles como instrumento para la organización, pero en su naturaleza participan factores que pueden dificultar la sistematización de sus contenidos. En este sentido, las Reales Ordenanzas son una normativa que

“...aunque revista carácter formal de Ley tiene una singularidad especial e implica el conocimiento de realidades institucionales y sociales de naturaleza no siempre racionalizables, de muy compleja estructura y de dinámica bastante delicada”⁶⁶³.

Las actuales Reales Ordenanzas, aprobadas por Ley 85/1978 de 28 de diciembre, Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (ROFAS), presentaban como novedad su inserción formal en el orden jurídico constitucional, manifestada en su articulado con la mención expresa de la misión de las Fuerzas Armadas, idéntica a la del texto constitucional (Artículo 3 ROFAS – Artículo 8 CE), así como de la subordinación de la Institución Militar a la Constitución. Las Reales Ordenanzas son parte del ordenamiento jurídico en el que están encuadradas como una obra más del Legislativo. Esta circunstancia les confiere un doble valor; jurídico-político, porque al ser aprobadas por ley se inscriben en el ámbito natural de supremacía civil propio del Estado de Derecho y moral, porque el hecho de ser aprobadas por las Cámaras, por los representantes legítimos del Pueblo, expresa una clara identificación con este en el sentido del Artículo 4 ROFAS⁶⁶⁴, ya que se sometieron al procedimiento legislativo ordinario y tras el correspondiente debate fueron aceptadas por todos los partidos⁶⁶⁵.

Las ROFAS fueron pioneras en más de un sentido, ya que era la primera ley promulgada tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y también la primera vez en nuestra historia constitucional en que un texto de esta naturaleza y

⁶⁶³ OLLERO GÓMEZ, C: “Constitución y Reales Ordenanzas”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* nº.69, 1982, pp. 213-217.

⁶⁶⁴ Artículo 4 ROFAS: “La defensa nacional es deber de todos los españoles. Las Fuerzas Armadas, identificadas con los ideales del pueblo español, del que forman parte, al que sirven y del que reciben estímulo y apoyo, son elemento esencial de aquella, en su alerta permanente por la seguridad de la Patria”.

⁶⁶⁵ No obstante, quizás sería discutible el procedimiento de nombramiento de la Comisión redactora, hecho al margen de las Instituciones militares idóneas, aunque posteriormente se ofreciera a estas el borrador para sugerencias.

alcance se votaba en Cortes, recogiendo explícitamente un catálogo de derechos y deberes para los militares⁶⁶⁶.

Las Ordenanzas, que en principio no eran mas que una norma interna dirigida a regular el funcionamiento interno de la Institución militar, con pretensión de salvaguardar las peculiaridades de esta respecto al ordenamiento jurídico común, presentan en este caso otra faceta y se engarzan a la Constitución con abundantes referencias⁶⁶⁷, definen las obligaciones y derechos de sus miembros y sobre todo, se erigen en regla moral, fundamento del código ético profesional para las Fuerzas Armadas. En este sentido, el Tratado Primero (Ordenes Generales) remitía al orden constitucional con unos preceptos de carácter general⁶⁶⁸ y otros muy concretos con eficacia inmediata⁶⁶⁹.

Lo que son las ROFAS está definido en su primer Artículo, “la **regla moral** de la Institución y el **marco** que define las obligaciones y derechos de sus miembros”. En el primer sentido, no son una norma revolucionaria, porque no traspasan la escala de valores vigente o le dan una orientación diferente, lo que sí hacen es aportar un nuevo enfoque mas humanista y funcional. Así, recogen y recalcan aquellos preceptos tradicionales que aún tienen aplicación e incorporan otros nuevos. La importancia del ser humano late en todos sus preceptos⁶⁷⁰. La disciplina tiene su tratamiento específico y pormenorizado, porque su necesidad en los Ejércitos es indiscutible, pero siempre ha preocupado su práctica y en particular, los límites a su ejercicio, por eso es un punto delicado el de los límites de la obediencia, que ahora se pretende consciente y no ciega y, en todo caso, corresponsable⁶⁷¹.

⁶⁶⁶ Véase BASSOLS COMA, M: “La Constitución y las Fuerzas Armadas”, *Primeras Jornadas Fuerzas Armadas – Universidad, CESEDEN - COMPLUTENSE*, Madrid, 1982, pp. 245-249.

⁶⁶⁷ Artículos 3, 11d, 26d, 34d 168d, 169.

NOTA: Los artículos ROFAS que vayan acompañados por la letra (d) están derogados por la Ley 39/2007 LCM. En los que no se indique nada, significa que están vigentes bien con rango de real decreto o con el suyo original.

⁶⁶⁸ Artículo 11d ROFAS: “...la disciplina militar tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución...”.

⁶⁶⁹ Artículo 26d ROFAS: “...deber de conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en la Constitución”. Artículo 34d ROFAS: que introduce el principio de corresponsabilidad en la ejecución de actos manifiestamente delictivos y “en particular contra la Constitución”.

⁶⁷⁰ Artículo 136 ROFAS, sobre la conducta con el vencido. Artículo 170d ROFAS, sobre el uso legítimo de la fuerza.

⁶⁷¹ Véase, en conjunto, DE SALAS LÓPEZ, F. y LAGUNA SANQUIRICO, F: “Las Reales Ordenanzas en el momento actual de la sociedad española”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº.36, octubre-diciembre 1986.

Es significativo que las ROFAS señalen responsabilidades por funciones y no por empleos, de modo que las mismas recomendaciones de orden moral afectan a distintos niveles de jerarquía. Esto supone un notable avance en la “democratización” de los Ejércitos, en el sentido de que las diferencias entre escalones jerárquicos habrá que buscarlas en las áreas de competencia y no en cuanto a los valores y exigencias fundamentales, que obligan a todos por igual.

La efectividad de las ROFAS como norma jurídica está garantizada, en los planos penal y disciplinario, por el Código Penal Militar y la Ley de Régimen Disciplinario vigentes.

Podría llamar la atención la escasa carga jurídico-normativa que contienen las ROFAS en beneficio de la rotunda enunciación de principios, valores o ideales, de tal modo que parecen más encaminadas a configurar unas pautas de comportamiento que a reglar funciones o relaciones en el seno de las Fuerzas Armadas⁶⁷². Pero lo cierto es que la mayoría de esos principios o valores también son de plena utilidad para cualquier sector de la sociedad civil. El matiz está en que lo que es deseable para estos sectores, es una exigencia para el funcionamiento de las Fuerzas Armadas y, en ciertos casos, condicionante para su plena eficacia⁶⁷³.

La Ley 39/2007 de 19 noviembre, de la Carrera Militar, deroga los Artículos de las ROFAS cuyo contenido viene a sustituir y actualizar esta LCM, mantiene los que se refieren a derechos fundamentales y libertades públicas, hasta tanto se publique la anunciada ley orgánica reguladora de derechos fundamentales de los militares, elimina algunos artículos y asigna rango de real decreto a los restantes⁶⁷⁴.

⁶⁷² En este sentido, Guaita Martorell consideraba que las Reales Ordenanzas no son propiamente una ley, porque como sus predecesoras de Carlos III están plagadas de contenidos que si bien son muy valiosos en el ámbito moral, son impropios como preceptos jurídicos. Véase GUAITA MARTORELL, Aurelio: “Los derechos fundamentales de los militares”, en Rafael Gómez Morant (Coordinador), *Libro Homenaje al Profesor José Luís Villar Palasí*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1989, p. 582.

⁶⁷³ En este sentido se manifiesta Ollero Gómez “...lo que en el ámbito civil aparece como ideal deseable, pero difícilmente asequible, se convierte en el mundo castrense en algo por naturaleza indispensable y normalmente vigente”. OLLERO GÓMEZ, C: “Constitución y Reales Ordenanzas”, cit. p.222.

⁶⁷⁴ LCM. Disposición transitoria duodécima. Adecuación de rango normativo: “Hasta que se aprueben, por real decreto, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas conforme a lo previsto en el artículo 4.3 de esta ley, los artículos 1 al 4, 6, 10, 14 al 19, 25, 27, 30 al 33, 35 al 48, 51 al 78, 80 al 83, 85, 86, 88 al 167, 189 y 191 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, tendrán el rango de real decreto”.

3.4.4. b. **Los Tratados Primero (Ordenes generales) y Segundo (Ordenes particulares).**

El contenido del **Tratado Primero** (Órdenes generales) puede sistematizarse en torno a cuatro referencias: naturaleza y objeto de las ROFAS, Fuerzas Armadas, valores y virtudes que informan la relación institucional y la inserción de las Fuerzas Armadas en la comunidad nacional⁶⁷⁵.

La primera gira en torno al Artículo 1 ROFAS que define las Ordenanzas como regla moral de la Institución y marco de las obligaciones y derechos de sus miembros.

La Institución militar se caracteriza por la disciplina, jerarquía y unidad (Artículo 10) y su razón de ser es la defensa militar de España (Artículo 3) para lo que está al exclusivo servicio de la Patria (Artículo 2). En la misma órbita giran los Artículos 5d, 6, 7d, 8d y 15 ROFAS.

La tercera gira en torno al exacto cumplimiento del deber (Artículo 1), complementado por los Artículos 22d, 29d, 25, 31, 28d, 43, 44 y 45 ROFAS.

El ensamble con la comunidad nacional, se manifiesta en los Artículos 2, 3, 4, 6, 11d, 24d y 26d ROFAS.

El Tratado Primero, se estructura en dos Títulos, I “De la Institución Militar” (Artículos 1 al 25) y II “Del Militar” (Artículos 26 al 48).

En el **Título I** se perfila el concepto de la Institución militar, lo que se exige y se espera de ella. Hay dos ideas centrales, la de subordinación de las Fuerzas Armadas al servicio de la Patria, quehacer común de los españoles, y la voluntad de afrontar situaciones de guerra. Las Fuerzas Armadas son un instrumento del Estado para la defensa nacional y una Institución que exige disciplina (cuya expresión máxima está en el acatamiento constitucional), jerarquía y unidad para conseguir máxima eficacia.

LCM. Disposición derogatoria única. Derogaciones y vigencias: “1. Quedan derogados los artículos 5, 7 al 9, 11 al 13, 20 al 24, 26, 28, 29, 34, 49, 50, 79, 84, 87, 168, 170 al 173, 175, 176, 179, 183 al 184, 186 al 188, 190 y 192 al 224 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, quedando vigentes los artículos 169, 174, 177, 178, 180, 181, 182 y 185.[...]”.

⁶⁷⁵ Se ha utilizado el texto de MILLÁN GARRIDO, Antonio: *Ordenanzas Militares*, Editorial Trivium S. A, Madrid, 1993.

El Artículo 2 ROFAS recoge la atribución al Rey del mando supremo de las Fuerzas Armadas, cuestión esta no exenta de controversia doctrinal, como ya se ha indicado.

El Artículo 3 ROFAS introduce el concepto de “defensa militar”, como razón de ser de los Ejércitos, no coincidente con el de “defensa nacional”, que debe englobarlo. Reitera la misión institucional de las Fuerzas Armadas, su “razón de ser”, que puesta en relación con el citado Artículo 2 y los Artículos 10 y 201d ROFAS, ha suscitado una interpretación de la llamada “garantía militar del ordenamiento constitucional”⁶⁷⁶.

El Artículo 4 configura la defensa nacional como deber de todos los españoles, del que las Fuerzas Armadas son su elemento esencial, como parte del pueblo español, a cuyo servicio están.

El Artículo 9d, en la fecha lejana de 1978 ya preveía la actual participación española en misiones de mantenimiento de paz y seguridad internacionales, que si bien técnicamente no son operaciones de combate, sí pueden derivar en acciones de guerra⁶⁷⁷.

El **Título II** (Del militar) contiene los principios éticos que deben informar la actuación profesional del militar y que conforman un código de conducta peculiar⁶⁷⁸. Se dirige a todos los que prestan servicio bajo la Bandera, sin distinciones y su articulado resalta las virtudes esenciales predicables de todo militar: valor, exactitud en el servicio, disciplina, obediencia, sentido del honor,

⁶⁷⁶ Según la cuál, el Rey, “como comandante en jefe de dichos Ejércitos, y a ello responde su empleo de capitán general, es también, y como tal, responsable institucional del ordenamiento constitucional”. HERRERO DE MIÑÓN, M.: “El Rey y las Fuerzas Armadas”, cit. p.53.

⁶⁷⁷ “... en un escenario estratégico como el actual, caracterizado por la ausencia de amenaza clara y definida a nuestro territorio y por la aparición, sin embargo, de riesgos asimétricos, crisis y conflictos que comprometen la paz, la seguridad y la estabilidad en muchas regiones del mundo que pueden afectar a nuestra seguridad y, en consecuencia, requerir una respuesta por parte de España,[...] las FAS actúan cada vez con mayor frecuencia, en tareas de ayuda humanitaria o en operaciones de gestión de crisis o de prevención de conflictos...”. Directiva de Defensa Nacional 1/2000, enero 2001.

⁶⁷⁸ Que el Tribunal Constitucional ha tenido en cuenta al delimitar el bien jurídico protegido en los delitos contra el honor militar, señalando que “bajo el epígrafe de «delitos contra el honor militar», [...] los bienes jurídicos protegidos guardan relación directa con la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense, dentro de la que destaca la condición o *status* de militar, como particular manera de ser y actuar en pro de altos fines, que comporta la sujeción a un sistema normativo en que se imponen de forma muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión sin originar un sensible desvalor, cual sucede con el honor profesional e inmaterial de una institución como la militar, que no acepta los móviles que estima deshonorosos y que inciden en el sistema de disciplina y respeto por que se rige, y que es preciso preservar...”. Auto del TC 446/84 de 11 julio, FJ 6.

abnegación, lealtad, respeto, ejemplo, cortesía, sólida formación, discreción, objetividad, orgullo.

El derogado Artículo 34⁶⁷⁹ merece atención por sus antecedentes históricos, trascendencia e interés general⁶⁸⁰. Aportaba novedades significativas, al sustituir el antiguo **principio de obediencia** ciega e introducir el de corresponsabilidad con quien ordena, para quien obedezca cuando lo que se manda sea manifiestamente delictivo o contrario a los usos de la guerra. En las derogadas Ordenanzas de Carlos III, se resolvía la cuestión apelando a tomar el partido “más digno de su espíritu y honor”, en los “lances dudosos”; es decir, recurriendo a la conciencia individual, aunque la actuación fuese revisable posteriormente en vía penal o disciplinaria⁶⁸¹.

Este tratamiento de la obediencia, esta institucionalización del derecho a desobedecer, si bien excepcional, fue uno de los contenidos de las nuevas Reales Ordenanzas que más llamó la atención, porque en los ejércitos occidentales de hoy, la disciplina sigue siendo un valor innegable e indiscutible⁶⁸². Pero la

⁶⁷⁹ Artículo 34 ROFAS: “Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión”.

En los debates del Congreso fue objeto de dos enmiendas, por parte de los Grupos Parlamentarios Socialistas de Cataluña y comunista, en el sentido de incluir en el texto propuesto una referencia específica a la Constitución. Pese a que el Grupo Parlamentario Popular estimaba que era una reiteración innecesaria, se admitió finalmente intercalar, tras la palabra “delito”, la frase “en particular contra la Constitución”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 146, 20 diciembre 1978, pp. 5869-5873.

⁶⁸⁰ Conviene recordar que el concepto de la obediencia debida ya había sido debatido con particular interés en durante la elaboración de la Ley Constitutiva del Ejército de 9 junio 1821.

⁶⁸¹ Salas Larrazábal señala que las ROFAS no determinan la conducta a seguir en caso de que las órdenes recibidas sean ajenas al servicio y estima que, en beneficio de la disciplina, las órdenes deben cumplirse, sin perjuicio de manifestar la queja razonable y siempre que no entrañen actos manifiestamente injustos, humillantes o atentatorios contra la dignidad de quien las recibe. SALAS LARRAZÁBAL, Ramón: “Las Reales Ordenanzas”, en Hernández Sánchez-Barba, Mario y Alonso Baquer, Miguel (directores), *Las Fuerzas Armadas Españolas. Historia institucional y social*, Volumen 8, Ed. Alhambra S.A, Madrid, 1986, p.136.

⁶⁸² Antes de la Primera Guerra Mundial, se desarrolló en el antiguo Estado Mayor Alemán el principio de corresponsabilidad, que se fortaleció durante el desarrollo de este conflicto. Consistía en que la responsabilidad de una orden no alcanzaba únicamente a quien la dictaba, sino también al inferior inmediato que facilitaba su ejecución impartiendo las órdenes necesarias en para el cumplimiento de la primera. La supresión de este principio, que avocaba a un concepto de la obediencia como ciega, no eximió a quienes se acogieron a esta, de ser juzgados y condenados tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, por lo que de algún modo volvió el viejo principio de la corresponsabilidad en forma mas exigente, no limitada al inmediato inferior. El ejecutor de ciertas órdenes compartirá la responsabilidad de quien las dictó, lo que en este punto de firme exigencia puede obligarle a oponerse a su ejecución, verse en el deber de desobedecer. Véase GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA, P: “La disciplina corresponsable y las nuevas Reales Ordenanzas”, *Revista Ejército* nº.479, diciembre 1979.

obediencia tiene ahora una importante matización o correctivo, porque aunque no se admite la discrepancia en cuanto a la valoración técnica u oportunidad de la orden recibida que, emitida formalmente, debe ser puntualmente obedecida y cumplida sin perjuicio de su posterior o simultánea impugnación, en paralelo se advierte la responsabilidad jurídica (penal y disciplinaria) en que incurre el que cumpla una orden de contenido delictivo, imponiéndole el deber de desobedecer. Esta corresponsabilidad en las consecuencias de una orden se extiende a todos los niveles de la jerarquía militar.

No obstante, el juego entre la ya superada obediencia ciega y el establecimiento de excepciones a este deber es sumamente delicado por la dificultad para discernir, entre la confusión y la tensión de una situación de combate, si la orden que se ha recibido es o no legal. En algunos casos el carácter contrario a la ordenanza será evidente (aunque el sentido de lo “manifiesto” no es igual para todas las personas); en muchos otros no lo será tanto y, en cualquier caso, el subordinado asume el grave riesgo penal de desobedecer una orden legítima, desobediencia agravada por la circunstancia de producirse “frente al enemigo”. Probablemente, la vía sea la convicción interna de la necesidad de obedecer en el inferior jerárquico, la consciencia de lo que es legítimo mandar, en el superior, y la responsabilidad correspondiente que ambos asumirán⁶⁸³. Para desobedecer, la orden recibida ha de ser ilegítima y además esta ilegitimidad debe resultar evidente, sin que esté justificada la desobediencia por otras causas. Así, las ROFAS perfilan un ejercicio del mando caracterizado por la plenitud de su autoridad, pero también de su responsabilidad⁶⁸⁴, aunque basado en el convencimiento, la información a los subordinados y la lealtad mutua⁶⁸⁵.

⁶⁸³ En esta línea véase FERNÁNDEZ CAMPO, S: “Las Reales Ordenanzas y la obediencia debida”, *Memorial de Infantería*, n.º.36, Toledo, 1997, pp.52-57.

⁶⁸⁴ Artículo 84d ROFAS. “Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes y usos de la guerra o que constituyan delito”.

⁶⁸⁵ Artículo 87d ROFAS: “El que ejerce el mando tratará de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Razonará en lo posible sus órdenes para facilitar su comprensión y aceptación. Con ello y con la lealtad y confianza que deben existir entre todos los miembros de las Fuerzas Armadas, evitará que el subordinado obedezca únicamente por temor al castigo”.

Artículo 102 ROFAS: “Mantendrá informados a sus subordinados del desarrollo de las operaciones y ejercicios en curso, así como de los planes y proyectos que les puedan afectar, en la medida que las circunstancias y la conservación del secreto lo permitan. Fomentará entre ellos, hasta donde le sea posible, el intercambio de información adecuada”.

El problema planteado es el de la capacidad del ejecutante para dilucidar la legitimidad o ilegitimidad de una orden⁶⁸⁶. Se trata de señalar desde la normalidad, condiciones para algo que se decidirá o ejecutará en un escenario o situación anormal y bajo la presión de factores que distorsionan un juicio sereno, aunque ante la duda, lo natural sea obedecer.

Lógicamente, este derecho (y deber) a la desobediencia de órdenes es excepcional y restringido a sus justos términos, porque los preceptos del Código Penal Militar y las mismas ROFAS refuerzan la idea de disciplina y si se admite esta excepción es para robustecer aquella desde la moral y la ética profesional⁶⁸⁷. Lo que se hace es afinar más aún el concepto de disciplina, al contemplar dentro de sus límites los resortes necesarios para evitar casos indeseables y excepcionales, pero no inverosímiles.

Actualmente está generalizada la exclusión de la obediencia debida entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal⁶⁸⁸.

El Artículo 39 ROFAS contiene la previsión, en cierto modo contraria al orden jerárquico, de que un superior jerárquico obedezca las indicaciones de un inferior, en acto de servicio.

El **Tratado Segundo** (Órdenes particulares), se estructura en el Título III (De los niveles de la jerarquía militar), Artículos 49 a 76 y el Título IV (De las funciones del militar), Artículos 77 a 167. Comprende las obligaciones de todo militar según su empleo, puesto ocupado en la jerarquía militar, o en razón de la función que desempeñe. Estas “órdenes particulares” tienen la finalidad de articular todos los niveles de la jerarquía militar con una asignación coherente de deberes u obligaciones.

Sorprendentemente, en el **Título III** (Del soldado o del marinero), que trata las categorías de soldado o marinero, cabo, suboficial, oficial y oficial general,

⁶⁸⁶ Véase PUGA CRUZ, E: “¿Disciplina corresponsable?”, *Revista Ejército* n.º.487, julio 1980.

⁶⁸⁷ Las ROFAS dedican tres artículos a la desobediencia legítima (n.º. 7d, 34d, 84d) y doce a la disciplina, al cumplimiento de las órdenes (n.º.11d, 28d, 29d, 32, 50d, 53, 67, 69, 73, 89, 93, 79).

⁶⁸⁸ El Código Penal Militar aprobado por Ley Orgánica 13/1985 de 9 diciembre, recogía en su Artículo 21 la dicción del Artículo 34 ROFAS, excluyendo como circunstancias atenuantes o eximentes el obrar en virtud de obediencia debida “cuando la orden entrañe la ejecución de actos contrarios...”. El vigente Código Penal Militar aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 noviembre, no recoge expresamente la obediencia debida entre las eximentes, si bien incluye al que obre en cumplimiento de un deber.

introduce entre las dos primeras una “Del centinela”, que no es un empleo jerárquico, sino un cometido circunstancial por razón de servicio.

El **Título IV**, que con sus noventa y un artículos es el más largo, es novedoso en las Ordenanzas, porque se aparta de la línea tradicional del tratamiento de obligaciones y deberes por empleos, como en el Título precedente y señala estas en razón de la función que se desempeña en cada momento.

Entre los cometidos propios del “Ejercicio del mando” (Artículos 77 a 108), destaca la capacidad de decisión como condición esencial, el prestigio, la responsabilidad, la previsión de sucesión en el mando, la prohibición de ordenar actos delictivos o contrarios a las leyes y usos de la guerra (Artículo 84d), la iniciativa, la disciplina basada en el convencimiento, la exacta obediencia (Artículo 89), el modo de ejercer la autoridad, la prudencia en las decisiones, la importancia de la organización; el valor inestimable de las vidas de sus hombres a quienes evitará, además, fatigas innecesarias; el cuidado de sus subordinados, el espíritu de equipo, la necesidad de granjearse el aprecio y confianza sobre la base de su competencia y discreción, las recompensas y castigos, la administración íntegra y ponderada.

Los artículos dedicados a los auxiliares del mando “Apoyo y asesoramiento al Mando” (Artículos 109 a 121), recogen para estos la exigencia de lealtad y apoyo incondicional, de velar por el prestigio del mando, de dar información objetiva, de discreción y secreto, de potenciar la moral de las unidades, de fidelidad a la decisión, de exactitud, claridad y concisión, de vigilancia de lo ordenado, de análisis de resultados y el trabajo en equipo.

“En el combate” (Artículos 122 a 142), señala como cualidades del combatiente, el valor, la acometividad, la serenidad y el espíritu de lucha; le exige plena entrega, sacrificio y energía; debe agotar todos los medios para conservar su puesto y si se le ordena, se sacrificará; valor y serenidad, enlace ascendente, descendente y colateral; prevención ante la acción psicológica enemiga; vigilancia constante; mantener la capacidad combativa; trabajar a favor de la finalidad general de las operaciones; conocer y aplicar tácticas y técnicas; definición de acciones distinguidas; disciplina en la victoria; protección a la población civil; aceptar la rendición incondicional y respetar los pactos; no causar daños inútiles y

dar trato humanitario a los no combatientes; respeto a los muertos; actitud en caso de caer prisionero.

“En la instrucción, adiestramiento y enseñanza”, (Artículos 143 a 150), señala como inquietud constante de todo mando la preparación para la guerra; ajustar los planes a los plazos; la ejemplaridad y prestigio como imprescindibles; la búsqueda de la madurez en el alumno; el empleo de los procedimientos formativos adecuados; la obligación de aprovechar los medios y oportunidades de formarse.

“En el trabajo técnico” (Artículos 151 a 158), precisa que se realizará con entrega, conocimientos adecuados y precisión; de la abnegación y espíritu de sacrificio dependerá en parte la eficacia de la unidad; el esfuerzo en profundizar y aumentar conocimientos; aumentar el rendimiento; cuidado y conservación del material; cumplimiento exacto de las normas técnicas; perfección en la ejecución; asunción de trabajos extraordinarios y de sus riesgos y fatigas inherentes; respeto de áreas de responsabilidad.

“En la administración y logística” (Artículos 159 a 167), la finalidad de estas actividades es asegurar el apoyo para que las fuerzas cumplan sus misiones; actuar con abnegación y espíritu de sacrificio; voluntad de administrar de forma irreprochable⁶⁸⁹; eficacia y discreción; velar por el bienestar del personal; ejecución esmerada; informar al mando de las repercusiones en los planes y variaciones en las capacidades; formular propuestas; no entregar, recibir o consumir sin orden o sin las condiciones requeridas; vigilancia de los niveles de recursos y su reposición.

3.4.4. c. **El Tratado Tercero (De los deberes y derechos).**

El Tratado Tercero, consta también de dos Títulos, el V “De los deberes y derechos del militar” (Artículos 168 al 205), y el VI “De los deberes y derechos del militar de carrera” (Artículos 206 al 224). El mero enunciado de sus dos Títulos diferencia dos situaciones, la “del militar” del Título V, genérica, que considera al

⁶⁸⁹ El Grupo Parlamentario PSC formuló enmienda al Artículo 164 ROFAS, que fue aprobada, para añadirle, “...y cumplirá su deber dando parte de las irregularidades que observe”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 146, 20 diciembre 1978 nº 146, pp. 5877-5878.

militar en cuanto ciudadano; y la del Título VI “del militar de carrera”, mas específica, considerándolo como profesional.

El **Título V** contiene puntos centrales para el estatuto del militar, en los Artículos 168 a 185 “De los deberes y derechos civiles y políticos”.

La distinción que hace el Título V entre los “deberes y derechos civiles y políticos” (Artículos 168 a 185) y los “deberes y derechos de carácter militar” (Artículos 186 a 194), es una delimitación de aquellos que corresponden a todo ciudadano y los que son específicos del militar.

Lo novedoso de las Reales Ordenanzas, no es que recogieran derechos y deberes, sino la amplitud con que lo hacen y el esquema que se emplea, ya que derechos y deberes se habían tratado tradicionalmente, pero de forma fragmentaria y dispersa, en disposiciones de distinto rango, de manera incompleta o con una eficacia práctica dudosa⁶⁹⁰.

El Tratado Tercero planteó dos cuestiones iniciales que hubo que decidir. La primera era identificar quienes eran sus destinatarios, si solo los profesionales o también la tropa de reemplazo. Esto exigía delimitar el concepto legal de militar profesional, eventual o de reemplazo, cuestión que no estaba clara ya que la legislación vigente en ese momento no aportaba datos para saber cuando se obtenía el *estatus* jurídico de militar y qué requisitos se precisaban para ello, aunque finalmente se decidió que debía afectar a todo militar, a todo el que vistiera uniforme⁶⁹¹. La segunda cuestión era decidir si este Tratado debía contener solo derechos, solo deberes o ambos. Para la Comisión redactora de las Ordenanzas esto era importante, en razón de su preocupación por la eficacia real de lo que allí se escribía. Se contempló la posibilidad de recoger los derechos y deberes en otro texto diferente, porque la inclusión de estos podía parecer un cuerpo extraño en un texto de moral militar, pero adoptar esta decisión encerraba el riesgo de perder la ocasión de hacerlo en las ROFAS, pese a que quizás no fuera el lugar idóneo. También estaba por decidir la extensión, porque si se trataban en detalle parecería algo fuera de lugar y si se hacía de manera general se corría el riesgo de no profundizar lo suficiente, quedando duda de su eficacia

⁶⁹⁰ La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Constitución Española en preparación, fueron la guía para la redacción de los Títulos V y VI ROFAS. DE SALAS LÓPEZ y LAGUNA SANQUIRICO: “Las Reales Ordenanzas...”, cit. p.130.

real. Así que se escogió una solución ecléctica, que permitiera recoger todos los derechos y deberes con el detalle suficiente para guiar la legislación posterior que habría de desarrollarlos, aunque esto planteaba el problema de la efectividad del articulado como tal, o de si sería necesario un desarrollo normativo pormenorizado y posterior para su aplicación.

En cualquier caso, las Reales Ordenanzas impulsaron el cambio en la legislación militar y en el estatuto jurídico de sus miembros⁶⁹².

En este Tratado se definen los deberes y derechos civiles, políticos y de naturaleza estrictamente militar, de los que el primero, con carácter vinculante y preceptivo, es respetar la Constitución (Artículo 168d ROFAS), “si bien hay que subrayar que la efectividad de dichos derechos no deriva de las Reales Ordenanzas, sino de la propia Constitución, por lo que solo podrá prevalecer el texto del las primeras cuando sean conformes con aquella”⁶⁹³.

En una lectura rápida del Título V, que afecta a todos los militares, profesionales o no, observaremos como en el epígrafe “De los deberes y derechos civiles y políticos” (Artículos 168 a 185), se encuentran las referencias a los derechos fundamentales. Comienza imponiendo la obligación de respetar la Constitución y de cumplir de manera ejemplar los deberes ciudadanos y reconoce al militar los derechos constitucionales, con limitaciones; uso legítimo de la fuerza; dignidad y derechos inviolables de la persona; libertad y propiedad; detención, juicio y prisión; intimidad, domicilio y correspondencia inviolables; lugar de residencia y ausencias; protección legal contra amenazas, violencias, ultrajes o difamaciones; libertad de pensamiento, conciencia y religión, con posibles limitaciones; libertad de expresión, también limitada; posesión y utilización de medios de comunicación social, con posibles limitaciones; libertad de reunión para fines lícitos; prohibición de sindicación, asociación y huelga; deber de neutralidad política y sindical; libertad de matrimonio, con posibles limitaciones legales en circunstancias extraordinarias; derecho de voto; prohibición de discriminación.

⁶⁹¹ DE SALAS LÓPEZ y LAGUNA SANQUIRICO: “Las Reales Ordenanzas...”, cit. p.131.

⁶⁹² Cuestiones como la anteriormente necesaria autorización previa para solicitar pasaporte o para contraer matrimonio, quedaron en el pasado. No obstante, asuntos como el de la protección por Ley (Artículo 176d ROFAS) de los componentes de las Fuerzas Armadas contra amenazas, ultrajes o difamaciones que traigan causa de su condición o actividad militar, quedaban sin desarrollo. DE SALAS LÓPEZ y LAGUNA SANQUIRICO: “Las Reales Ordenanzas...”, cit. p.132.

⁶⁹³ BASSOLS COMA, M: “La Constitución y las Fuerzas Armadas”, cit. p.247.

El vigente Artículo 169 ROFAS, se arroga la potestad de limitar los derechos civiles y políticos de los militares, junto con la propia Constitución y las disposiciones que la desarrollen, por lo que en principio, la situación del militar no difiere de la de un ciudadano ordinario, como titular de derechos civiles y políticos reconocidos constitucionalmente. El problema es que las ROFAS aumentan el listado de derechos fundamentales cuyo ejercicio se limita, superando a la propia Constitución, que no es excesivamente estricta en fijar limitaciones al militar⁶⁹⁴.

Los Artículos 180, 181, 182, 187d ROFAS, tratan respectivamente el derecho de reunión, de sindicación, de actuación política y de libertad de expresión. Las ROFAS añaden posibles limitaciones a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en su Artículo 177, así como al derecho a la posesión y utilización de medios de comunicación social en su Artículo 179d. Subyace un conflicto entre bienes jurídicos, de orden individual y colectivo o comunitario, con una tendencia clara a la prevalencia de los segundos, por más que esta solo debiera producirse en situaciones excepcionales de grave daño a la disciplina o la defensa nacional, siempre respetando su contenido esencial, pero nunca en un contexto de vida ordinario.

El epígrafe “De los deberes y derechos de carácter militar” (Artículos 186 a 194), fija como el primer y fundamental deber la permanente disposición a defender la Patria; el uso del idioma castellano; uso del uniforme; medios de identificación; reglas de precedencia; trato con miembros de ejércitos extranjeros; autorización previa y posible limitación de la tenencia de cámaras y similares en recintos militares; deber de ayudar en catástrofes y calamidades; actividades de tiempo libre y permisos.

El Artículo 193d ROFAS imponía al militar el deber (entendemos que personal) de prestar ayuda, en caso de catástrofe o calamidad, salvo orden superior en contra⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ Artículos 28.1 CE sobre libertad de sindicación, 29.2 CE derecho de petición y 70.e CE, incompatibilidad e inelegibilidad.

⁶⁹⁵ La Ley Orgánica 6/1980 (LODNOM), en su Artículo 22.1, para estos mismos casos establecía una colaboración de las Fuerzas Armadas potestativa, sujeta además al requerimiento de la autoridad civil y prestada conforme a lo que determine la ley para estos casos. En cambio, el Artículo 2.1º de la Ley 2/1985, de 21 de enero sobre protección civil, fijaba que las Fuerzas Armadas, en tiempo de paz, cuando la gravedad de la situación lo exija y a solicitud de la autoridad competente, colaborarán en la protección civil. La vigente LODN 5/2005, es menos precisa.

Los derogados Artículos 195 y 196, “De la acción social”, trataban cuestiones de esta índole referentes al militar y su familia.

Los derogados Artículos 197 y 198, “De las recompensas y sanciones”, trataban de las conductas extremas en sentido positivo o negativo. En los derogados Artículo 199 al 205, “De los recursos y peticiones”, se mantenía el “llegar hasta el Rey en representación de su agravio” junto a la posibilidad de interponer recurso por vía administrativa o judicial.

El **Título VI**, que comprende desde el Artículo 206 al 224 (todos derogados), afectaba solo al militar de carrera y contenía una cierta mezcla de disposiciones, definiciones, cuestiones organizativas, etc. Como la definición de quienes son militares de carrera, distinguiéndolos de otros militares profesionales; la selección de aspirantes conforme al principio de igualdad de oportunidades; la propiedad del empleo militar; situaciones básicas; participación en asuntos públicos; formación y orientación profesional; ascensos, destinos y calificaciones; permisos y licencias; retribuciones e incompatibilidades; adquisición y tenencia de armas; situaciones pasivas.

La Disposición Final Segunda, que emplazaba al Gobierno para que en el plazo de tres meses dictara “las normas de desarrollo relativas al ejercicio de deberes y derechos individuales”, indujo a pensar que para que los derechos contenidos en el Tratado Tercero pudieran ejercerse era necesario esperar al desarrollo que anunciaba esta Disposición; pero por el contrario también existía la opinión de que la eficacia de la norma constitucional, en este concreto campo, era inmediata y que los derechos y deberes del Título V debían interpretarse y aplicarse únicamente conforme a la Constitución sin que ese anunciado desarrollo de las ROFAS pudiera traducirse en otras limitaciones. El Tribunal Constitucional así lo interpretó⁶⁹⁶.

⁶⁹⁶ Véase STC 21/1981 de 15 de junio, en particular el Fundamento Jurídico 15. Sostiene la absoluta prevalencia del Artículo 24.1 CE, sin que esto perjudique el ejercicio de la potestad disciplinaria sino al contrario, la refuerza en el sentido de las garantías del sancionado y la justifica y legitima, manteniendo las atribuciones del sancionador. (El recurso fue interpuesto por el Capitán Pitarch Bartolomé que había sido arrestado por una falta disciplinaria). El TC estima que las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos sometidos a una relación de sujeción especial solo son admisibles en cuanto resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la función o misión que es causa de la especialidad. Y que la limitación de las garantías procesales en actuaciones disciplinarias que culminen en un expediente judicial, no implica que la resolución de este sea firme. Al contrario, en este ámbito constitucional de actuación, es necesario la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite al inculpa-

3.4.5. LA VIGENCIA DE LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES Y EL CASO DE LAS REALES ORDENANZAS.

Por la Disposición Derogatoria, todas las normas preconstitucionales que se opongan a la CE han quedado derogadas sin necesidad de que el Tribunal Constitucional lo declare expresamente, ya que tal derogación puede ser comprobada de oficio por el juez ordinario.

Según doctrina del TC, la relación de la CE con las leyes preconstitucionales se apoya en dos criterios, uno jerárquico por el que la Constitución será una ley superior y otro temporal por el que la CE es una ley posterior, de manera que la coincidencia de este doble criterio determinará la inconstitucionalidad sobrevenida e invalidez de la leyes preconstitucionales y su derogación⁶⁹⁷.

El ordenamiento debe interpretarse de acuerdo con los principios generales del derecho incluidos en la CE, que tienen carácter informador pero que también participan de su fuerza derogatoria, cuando la oposición entre las leyes preconstitucionales y estos principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible.

El TC tiene el monopolio para enjuiciar la conformidad con la Constitución de las leyes posteriores a la CE. Respecto a las preconstitucionales, el juez ordinario no debe aplicarlas si considera que han quedado derogadas, aunque solo la declaración de inconstitucionalidad hecha por el TC tiene plenos efectos frente a todos. Por otra parte, puede aplicar directamente los preceptos constitucionales y debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad solo en caso de normas con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo (Artículo 163 CE).

El TC no entiende de posibles derogaciones de normas sino de contradicción de la CE con las vigentes, por lo que la cuestión de la derogación debe resolverla el juez ordinario, de manera previa. El problema se presenta en cuanto a la extensión de esta contradicción, es decir, si basta una contradicción

ejercitar plenamente su derecho a la defensa, durante la revisión que ejecute un órgano jurisdiccional.

cualquiera con alguna norma o principio constitucional, para extender el efecto derogatorio a toda la legislación anterior. Por otra parte, la reserva de ley no tiene carácter retroactivo y el que el legislador no derogue una normativa anterior no significa que la haya asumido como propia⁶⁹⁸.

El Tribunal Constitucional ha declarado que la Constitución no puede tener un efecto retroactivo para exigir un rango determinado a normas anteriores a ella y ha admitido la validez de estas normas en cuanto no sean contrarias a la Constitución y mientras no se dicte una nueva regulación. Por otra parte y aunque sin marcarle plazos, también ha exigido al legislador la elaboración de las pertinentes leyes orgánicas que permitan derogar explícitamente las normas preconstitucionales⁶⁹⁹.

En este punto, es conveniente hacer un inciso para recordar algunos detalles del proceso de elaboración y configuración de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978 de 28 diciembre), que son preconstitucionales, al menos en cuanto a su proceso de elaboración.

El 1 de agosto 1978 se publicó el texto del proyecto de ley en el Boletín Oficial de las Cortes, que fue estudiado por una Ponencia que elevó a la Comisión el preceptivo informe, el 24 de octubre. Las ligeras variaciones de redacción que

⁶⁹⁷ Véase STC 4/1981 de 2 febrero FJ 1.

⁶⁹⁸ Véase STC 11/1981 de 8 abril FJ 2.

⁶⁹⁹ STC 11/1981 de 8 Abril FJ 5: "...la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 17/77- exige plantearse, [...] si, después de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho de huelga, que es un derecho consagrado por el art. 28, puede quedar regulado válidamente por medio de un Real Decreto-Ley [...]. Podría así pensarse que el Real Decreto-Ley no cumple la cláusula de reserva del art. 28 y menos todavía la del art. 81. [...] se ha alegado con acierto que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior, especialmente cuando la fuente de Derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación. Lo anterior quiere decir que no existen motivos para considerar que el Real Decreto-Ley 17/77 sea inconstitucional por razones referentes a su forma de producción. No quiere, en cambio, decir que el Real Decreto-Ley pueda en lo sucesivo considerarse plenamente asimilado a una ley orgánica o investido del carácter de ley orgánica, ni tampoco que pueda cumplir el papel de la norma de integración a la que la Constitución se remite, pues esta tendrá que ser siempre una Ley Orgánica y el legislador, para dar cima al desarrollo de la Constitución, habrá de confeccionar y elaborar esa Ley Orgánica.

Con las anteriores salvedades puede decirse que la regulación legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida en el mencionado Real Decreto-Ley, en cuanto no sea contrario a la Constitución y en tanto no se dicte una nueva regulación por medio de Ley Orgánica".

También STC 101/1985 de 8 Noviembre FJ 4: "...como el Decreto-ley de 17 de julio de 1947 es preconstitucional y como la Constitución no puede tener efecto retroactivo para exigir un rango determinado a las normas anteriores a ella, no es obstáculo para la constitucionalidad de la norma aplicada en este caso su rango formal...".

se proponían fueron aceptadas en gran parte por la Comisión, que dictaminó el proyecto el 13 de diciembre⁷⁰⁰. El proyecto se debatió y aprobó en Pleno del Congreso de los Diputados de 20 diciembre 1978, en el que no hubo un gran debate, como tampoco oportunismo político y solo se introdujeron algunas enmiendas de escasa entidad⁷⁰¹.

Pese a conocer, naturalmente, todos los grupos parlamentarios el texto de la nueva Constitución, no se hizo la más mínima referencia al defecto de forma evidente en la configuración de esta ley, aunque suscitó controversia la Disposición Final Segunda, que autorizaba al Gobierno a desarrollar las normas para el ejercicio de los derechos y deberes en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor⁷⁰². Se confió en que este defecto se corregiría en el Senado, pero no fue así, ya que en su Pleno de 27 diciembre 1978 aprobó por unanimidad y sin variaciones el texto remitido por el Congreso, que el siguiente día 28 fue sancionado por el Rey.

El paralelismo temporal en el proceso de tramitación y aprobación de ambas normas, se tradujo en la imposibilidad práctica de adecuar la Ley 85/1978 a unos requisitos constitucionales que aún no eran vigentes⁷⁰³. Pero los

⁷⁰⁰ El 28 de Junio se presentó el proyecto de ley a la Comisión de Defensa, que estaba presidida por D. Enrique Múgica Herzog y compuesta por D. Emilio Martín Villa, D. Joaquín García Romanillos, D. César Llorens Bargués, D. Jose Antonio Bordes Vilá, D. Luis Solana Madariaga, D. Julio Busquets Bragulats, D. Gregorio López Bravo y de Castro, D. Simón Sánchez Montero, D. Gerardo Bujanda Sarasola y D. Jordi Pujol Soley. (Según DE SALAS LÓPEZ y LAGUNA SANQUIRICO: "Las Reales Ordenanzas...", cit.).

⁷⁰¹ "Ni un solo grupo Parlamentario, ni un solo Diputado ha dejado traslucir en sus intervenciones la menor demagogia ni la mas mínima concesión a un oportunismo político de cortos vuelos. El tema era y es lo suficientemente trascendental como para que nadie se permita subirse a la sensible tribuna que significa esta ley para que a sus expensas se haga pequeña política". Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 146, pág. 5865, 20 diciembre 1978. Intervención del Sr. Solana Madariaga.

El PSC propuso como enmienda técnica intercambiar el orden de los Artículos 2º y 3º (rechazada). El Grupo Socialista propuso enmienda al Art.18 para distinguir "...la Bandera de España y demás símbolos de la Patria..."(rechazada). Los Grupos PSC y Comunista presentan enmienda al Art.34 mas una enmienda "*in voce*" de UCD "...en particular contra la Constitución..."(aprobada). El PSC formuló una enmienda de adición de tres artículos al Art.57 (se rechazaron dos) y presentó también enmienda al Art.164 (aprobada). Se formuló una enmienda "*in voce*" a las Disposiciones Finales (aprobada). Diario de Sesiones Congreso, nº.146, 20 diciembre 1978, pp. 5863-5885.

⁷⁰² Martín Villa intentó una enmienda *in voce* cuya discusión impidió el Grupo Popular. El Grupo Comunista votó en contra de esta remisión a norma reglamentaria para la regulación de derechos fundamentales.

⁷⁰³ La secuencia temporal fue: el 27 diciembre el Rey firma la CE, el 28 diciembre el Rey firma las ROFAS, el 29 diciembre se publica en BOE la CE y entra en vigor, el 12 enero 1979 se publican las ROFAS en BOE y entran en vigor el 1 febrero 1979.

redactores de las ROFAS sí tuvieron presente en sus preceptos la inminente entrada en vigor de la Constitución, reflejándolo en su articulado⁷⁰⁴.

Por tanto, parece claro que las ROFAS son posteriores a la CE y sin embargo no se adaptan por entero a ella, porque aunque pueda argumentarse que su elaboración fue anterior y simultánea, es indudable que la Ley entró en vigor con posterioridad a la CE.

Lo inadecuado de esta ley para regular derechos fundamentales no ha pasado desapercibido a la doctrina⁷⁰⁵.

Puede tratarse como un problema de técnica jurídica, el de la validez y eficacia de las leyes⁷⁰⁶. Pero, siendo una ley posterior a la entrada en vigor de la

⁷⁰⁴ En forma de "cuñas" que, según Cotino Hueso, parecen algo forzadas, por ejemplo los Artículos 3, 11, 26, 34 o 168. Véase en COTINO HUESO, L.: "El principio de supremacía civil...", cit. p.114.

⁷⁰⁵ En opinión de Martínez Martínez, podría argumentarse que se trata de una Ley preconstitucional, que será válida salvo dictamen de inconstitucionalidad sobrevenida del Tribunal Constitucional, que no se produjo. Tampoco se aprovechó la oportunidad que brindó la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 Octubre, por la que se constituía este Tribunal y en la que se fijaba un plazo de tres meses para interponer recursos de inconstitucionalidad a leyes previas a esta LO 2/79.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Rafael: "Las Reales Ordenanzas ¿Una norma inconstitucional?", en Ramírez Jiménez, Manuel (Editor): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales "Lucas Mallada" y Academia General Militar, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1995, pp. 505 ss.

Cotino Hueso entiende que también hay un supuesto de inconstitucionalidad formal por incumplimiento del Artículo 8.2 CE (regulación de las bases de la organización militar), ya que en las Reales Ordenanzas se desarrollan no solo los derechos y libertades del militar sino también los "niveles de la jerarquía militar" o "las funciones del militar". Añade que un sector minoritario de la doctrina ha entendido que las ROFAS son inconstitucionales por su contenido, no por el carácter ordinario con que se aprobaron. Véase en COTINO HUESO, L.: "El principio de supremacía civil...", cit. p.113.

López Ramón considera que tampoco es tan evidente la violación de la reserva de ley, porque en la fecha de aprobación parlamentaria y de sanción regia, la CE no estaba en vigor, por lo que no eran exigibles formalidades que no estaban vigentes. Por otra parte, esa infracción de reserva de ley podría afectar solo a algunos artículos ROFAS (168 a 185), en cuanto no hayan sido sustituidos por las referencias hechas en leyes orgánicas posteriores. Advierte asimismo, que la eventual inconstitucionalidad de la regulación de derechos y libertades en las ROFAS, podría obligar a recuperar la vigencia de la regulación anterior, inequívocamente preconstitucional, contenida en el Real Decreto-Ley 10/1977 de 8 febrero, sobre el ejercicio de actividades políticas y sindicales por los componentes de las Fuerzas Armadas. Véase LÓPEZ RAMÓN, F.: "La evolución democrática de la defensa nacional", cit. pp.43-47.

⁷⁰⁶ Según Martínez Martínez, existen dos corrientes doctrinales; una, los que consideran que la ley es válida desde el momento de su aprobación por el Parlamento, siendo la sanción, promulgación y publicación simples actos debidos que solo afectan a la eficacia; otra, los que entienden que la publicación es requisito de validez, con carácter constitutivo, de manera que sin publicación no existe ley. Siguiendo la primera corriente, las ROFAS entraron en vigor el 27 diciembre 1978, y con el mismo hilo argumental, la Constitución se aprobó en sesión conjunta de ambas Cámaras el 31 de octubre 1978, siendo ratificada por referéndum de 6 diciembre 1978, así que las ROFAS serían posteriores a la Constitución, solo que su tramitación parlamentaria terminó antes de que entrara en vigor esta. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: "Las Reales Ordenanzas ¿Una norma inconstitucional?", cit. p.509.

CE, que desarrolla restricciones a los derechos fundamentales, de los incluidos en la Sección 1ª, Capítulo Segundo del Título I, está clara la exigencia de ley orgánica⁷⁰⁷.

Pero las ROFAS se aplican y parece que solo una autocuestión del TC, sobre la base del Artículo 55.2 LOTC, podría declararlas hoy inconstitucionales.

En resumen, puede decirse que la Ley 85/1978 (ROFAS) es formalmente inconstitucional, por razón de su forma de producción, porque entró en vigor después de la CE y porque no se regulan mediante ley orgánica restricciones a los derechos de la Sección 1ª, Capítulo Segundo, Título I CE, en contra de la exigencia del Artículo 81.1 CE; aunque también es cierto que en el momento de su tramitación parlamentaria no le era exigible la adopción de la forma de ley orgánica, puesto que en el sistema de creación jurídica vigente entonces no existía esta modalidad⁷⁰⁸. En cualquier caso, aún reconociendo las especiales circunstancias del proceso de elaboración y aprobación de las ROFAS, parece clara su inconstitucionalidad al menos en la parte que regula los derechos y libertades de los militares⁷⁰⁹.

Aunque las leyes orgánicas que han desarrollado los derechos fundamentales mencionan al militar, lo habitual es hacerlo para remitir su caso a la legislación militar específica, que son las Reales Ordenanzas, por lo que estas siguen siendo aún hoy un elemento clave del estatuto del militar de carrera, a falta de mejor solución⁷¹⁰.

Sobre el problema de la vigencia de las Reales Ordenanzas, es de gran interés lo sentado en la STC 11/1981 de 8 de abril (FJ 5), según la cual, los

⁷⁰⁷ Peñarrubia Iza entiende que en una interpretación histórica, debe mantenerse la validez de las normas sobre derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en las ROFAS, en razón de que si cronológicamente se sancionan después de la CE, su tramitación fue paralela y era intención del legislador que fueran conformes con la misma CE. PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp.146-148.

⁷⁰⁸ No obstante, hay quien defiende que las ROFAS son plenamente constitucionales sobre otros argumentos. Así, Martínez Martínez, critica en este sentido la opinión de Casado Burbano, defensor de lo que llama "el principio de irradiación", y que consistiría en la capacidad de una ley orgánica de "irradiar" su carácter orgánico a una ley ordinaria, por la cita de esta en aquella. A propósito del Artículo 26.1 de la derogada LODNOM, que remitía a las ROFAS para los derechos y deberes de los miembros de las FAS, hecho que, según Casado, "elevaría" el rango legal de las ROFAS a ley orgánica. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: "Las Reales Ordenanzas ¿Una norma inconstitucional?", cit. p.510.

⁷⁰⁹ De esta opinión es, entre otros, BLANCO VALDÉS, Roberto L: *La ordenación constitucional de la Defensa*, Tecnos S.A., Madrid, 1988, p. 92.

⁷¹⁰ LO Régimen Electoral General, Art.6.1.i. LO Libertad Sindical, Art.1.4. LO Reguladora del Derecho de Petición, Art.4. LO Desarrollo del Derecho de Reunión, Art.2.e.

jueces ordinarios pueden no aplicar aquellas normas anteriores a la Constitución que consideren derogadas por esta y pueden también plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Asimismo, que el legislador no derogue una normativa anterior no significa que la haya asumido como propia pero, en cualquier caso, la regulación del ejercicio de derechos fundamentales mediante una norma constitucionalmente inadecuada, servirá en cuanto no sea contraria a la CE y hasta tanto no se regule mediante la correspondiente ley orgánica.

3.4.6. RECAPITULACIÓN.

1) En términos generales, se admite que la peculiar manera de afrontar la constitucionalización de las Fuerzas Armadas en la Constitución de 1978 nace del peso de estas en la transición política, unidas bajo la jefatura real, conservadoras de lo que estimaban esencial y deseosas de que se respetara su posición en el Estado, por lo que algunos puntos de su tratamiento constitucional encuentran explicación en este hecho, más que en razones de técnica legislativa, ya que la transición a la democracia se encaró como un proceso de profunda reforma, pero apoyado en la legalidad del sistema anterior, del que inevitablemente se arrastraron algunos elementos.

En la vigente Constitución española, directa o indirectamente, hay bastantes referencias relativas a las Fuerzas Armadas y a sus componentes.

2) Una de las cuestiones que más debate ha provocado es el contenido del **Artículo 8** CE y su ubicación en el Título Preliminar, porque no es frecuente que las Fuerzas Armadas cuenten con un artículo exclusivo sobre su composición y misiones, y menos que se incluya en una parte privilegiada del texto fundamental. Hecho que dio pie a una intensa controversia doctrinal sobre su carácter o naturaleza, que arranca desde los debates constituyentes, entre los defensores del carácter institucional de las Fuerzas Armadas y los que entendían que esta era una distinción innecesaria que desdibujaba su carácter de parte de la administración del Estado. Lo cierto es que el texto constitucional no es explícito en este asunto y su ambigüedad ha abonado una u otra postura.

3) La cuestión de la **naturaleza** de las Fuerzas Armadas ha sido ampliamente tratada en el campo de la sociología, pero sus conclusiones no pueden trasladarse directamente al plano jurídico-constitucional.

Hay dos corrientes bien delimitadas, una que ve al militar como un profesional de las armas que necesita poseer unos valores diferentes a los de la sociedad civil y que es miembro de una Institución del Estado socialmente bien diferenciada tanto en sentido jurídico como sociológico. Otra, que considera al militar más bien como un funcionario, miembro de una institución que ha de aproximarse todo lo posible a la sociedad civil y que, por ser parte de la Administración, no cabe admitir que tenga sus propias reglas distintas de las administrativas comunes. También existen intentos de conciliar estos extremos, con diverso acierto.

Pero lo relevante es el efecto jurídico que la adopción de una u otra postura pueda tener para el estatuto personal del militar, al trasplantarla a la configuración jurídica de las Fuerzas Armadas a través de la política legislativa, porque lógicamente serán distintas las normas resultantes según el punto de vista adoptado. Legislación que si bien históricamente se ha configurado desde una visión institucional, hoy parece orientarse hacia un modelo ocupacional convergente con la sociedad.

En principio, ninguna de estas teorías doctrinales es aplicable en estado puro a todo el conjunto de las Fuerzas Armadas. También es un hecho que hasta los más acérrimos defensores de la postura convergente, ocupacional o administrativista reconocen que las Fuerzas Armadas tienen un factor diferencial (“algo más”), todo lo reducido o amplio que se quiera, pero inequívoco respecto al común de la Administración. Por último no sería realista, ni práctico, ni se correspondería con la realidad, ni beneficiaría a la eficacia de las Fuerzas Armadas, la aplicación lineal de un mismo modelo a todos sus segmentos o componentes.

Desde el punto de vista jurídico, no es conveniente aplicar la visión institucional extrema, porque favorecería la existencia de ciudadanos diferentes en cuanto a disminuidos en la plenitud del goce de sus derechos y libertades, además de regidos por principios o normas de conducta cuyo ajuste o compatibilidad constitucional habría que estudiar de cerca. Como tampoco

interesa la aplicación pura y dura del modelo administrativista, porque despojaría al militar de cierta especialidad que, aunque le diferencie del funcionario común, es necesaria para el eficaz cumplimiento de sus importantes cometidos.

Lo que subyace en gran parte de ese debate, de manera más o menos abierta, no es el hecho de conceder el carácter institucional a las Fuerzas Armadas, sino el temor de que este reconocimiento conlleve lo que Cotino Hueso llama “autoderogación implícita o explícita de la Constitución para el ámbito militar”, es decir, una suerte de licencia respecto a la sujeción constitucional de las Fuerzas Armadas, lo que recuerda la distinción entre lo esencial y lo contingente que se hacía en la etapa política anterior. Por el contrario, parece como si al reforzar el carácter administrativo sin fisuras, se conjurara ese peligro.

En síntesis, si optamos por la Institución, estaremos justificando la modulación del estatuto personal de los militares conforme a sus especiales características institucionales. Si lo hacemos por la Administración, no cabe aplicarles otro que el estatuto funcional de la administración general del Estado. En realidad, por razones de eficacia práctica, conviene potenciar los caracteres institucionales en determinados segmentos de las Fuerzas Armadas, como son las Armas combatientes, en cambio, es preferible o incluso aconsejable potenciar los aspectos ocupacionales en otros, como los Cuerpos Comunes o de especialistas. Pero también está claro que, por razones obvias, el estatuto personal de los militares ha de ser uno y sin excepciones, con independencia de su destino o especialidad, lo que obliga a adoptar una postura ecuaníme. No obstante no es difícil encontrar indicios de que se camina hacia lo ocupacional, por citar un ejemplo, en la reciente Ley de la Carrera Militar⁷¹¹.

⁷¹¹ Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.

Preámbulo (IV): “[...] En relación con los miembros de los cuerpos de ingenieros, la ley remite a una nueva regulación de su régimen y cometidos cuando en función de las titulaciones de grado y postgrado de ingenieros se actualicen sus atribuciones profesionales y se adecue su integración en los grupos de clasificación de los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas. Una reforma que también habrá que abordar en el Cuerpo Militar de Sanidad”.

Artículo 107. Situaciones administrativas: “[...] 3. Cuando en normas con rango de ley se regulen supuestos de aplicación general para los funcionarios al servicio de la Administración General del Estado en relación con las situaciones administrativas, reglamentariamente se determinarán las adecuaciones necesarias para su adaptación al militar profesional”.

(Observación: En esta Ley de la carrera militar, aparece 22 veces la palabra funcionario o funcionarios, sin embargo, en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, no aparece ni una sola vez).

Otro indicio puede observarse en la Orden Ministerial 107/2007 de 26 de julio, por la que se modifican las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los

4) Las **misiones** de las Fuerzas Armadas, que fija el Artículo 8 CE se pueden agrupar en dos categorías, de garantía (de la soberanía e independencia de España) y de defensa (de su integridad territorial y el ordenamiento constitucional). Esta defensa del ordenamiento constitucional hay que entenderla en sentido material, vinculada al delito de rebelión y al supuesto de la declaración del estado de sitio, puesto que la defensa en sentido jurídico corresponde al Tribunal Constitucional, órgano que asume esta función como intérprete supremo de la Constitución.

En cuanto a la discusión sobre el carácter taxativo o declarativo de estas misiones del Artículo 8 CE, la opinión más general se decanta por el carácter taxativo, llegando a mantener la necesidad de la declaración del estado de sitio como condición previa a la ejecución de alguna. En cambio, la tesis declarativa se apoya en el poder de disposición que el Artículo 97 CE confiere al Gobierno, de modo que las misiones enunciadas en el citado Artículo 8 serían las más genéricas, típicas o relevantes de las Fuerzas Armadas, sin que esto sea obstáculo para que el Gobierno les pueda encomendar otras.

El problema de especificar las misiones en el texto constitucional, como lista cerrada, es que la aparición de alguna nueva obligaría a la reforma para incluirla o que el afrontar misiones no recogidas en el texto constitucional obligaría a forzar la interpretación del texto y puede bordear la legalidad. Pero esto es el resultado de concebir las misiones desde un punto de vista rígido. En cambio, parece más propio entender las actuales misiones en sentido amplio, genérico, ya que es difícil pensar en espacios que no cubra alguna de ellas o la combinación de varias. Las misiones específicas, concretas, serían una subclase de las constitucionales, pero sostenidas o encuadradas en alguna de ellas. De otro modo no se entendería el desempeño de algunas misiones en el exterior y esto se ha aceptado sin especial controversia. Por otra parte su desarrollo posterior, por vía de ley orgánica (LODN), abona la idea de esta interpretación en sentido amplio o genérico.

Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas, aprobadas por la Orden Ministerial 121/2006 de 4 de octubre, que se modifica así para adecuarla a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyos cambios ya están recogidos en la Ley 7/2007 de 12 abril del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyas disposiciones, para aplicarse directamente al personal militar deben estar recogidas en su legislación específica, que es la finalidad por el que se dicta esta OM. 107/2007.

5) La necesidad o conveniencia de explicar en el texto la **composición** de las Fuerzas Armadas fue una cuestión debatida desde los inicios del proceso constituyente y, en algún caso, con argumentos parecidos a los empleados respecto a las misiones. Si en principio se trataba de dejar clara la exclusión de las llamadas Fuerzas de Orden Público, con la finalidad última de separar las tareas de estas de las misiones puramente militares, posteriormente ha planteado algún problema, aclarado en vía de ley orgánica, como es el encuadre de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, que no pertenecen en particular a ninguno de los tres ejércitos que en lista cerrada componen las Fuerzas Armadas, pero sirven a los tres indistintamente.

6) El Artículo 8.2 CE establece una reserva de ley orgánica para regular las bases de la organización militar, que ha de hacerse conforme a los principios de la Constitución, cuya última edición es la vigente Ley Orgánica 5/2005 de 17 noviembre, de la Defensa Nacional (**LODN**).

La LODN contiene un reparto de competencias preciso entre los poderes del Estado y deja clara la autoridad del Presidente del Gobierno “para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas así como disponer su empleo”. Aparecen nuevas misiones para las Fuerzas Armadas, que realmente son concreciones de los supuestos constitucionalmente previstos y, para el cumplimiento de estas misiones, establece al menos seis tipos de operaciones militares. Otro aspecto innovador de la citada ley es la atención que presta al control de las actuaciones del componente humano de las Fuerzas Armadas, que antes se despachaba con una remisión genérica a las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, mientras que ahora se le dedican varias referencias explícitas que comprenden la previsión de unas reglas esenciales de conducta, ya determinadas en la Ley de la Carrera Militar (Artículo 4), para el cumplimiento del deber por parte de quienes integran la organización militar y que están inspiradas en la tradición militar española. Reglas que gozarán del adecuado desarrollo en las Reales Ordenanzas, mediante Real Decreto del Gobierno y cuyo cumplimiento se garantiza al proponerlo como objeto del régimen disciplinario. Especialmente, se distinguen como reglas esenciales: la disciplina, la jerarquía, los límites de la obediencia y el ejercicio del mando militar. En este contexto, también se deshace

la posible ambigüedad sobre la existencia de Tribunales de Honor, prohibiéndolos en el ámbito militar.

Finalmente y posiblemente para poner orden en una cuestión fundamental para el estatuto personal de los militares, la Disposición final tercera contiene el mandato legislativo por el que se emplaza al Gobierno a remitir al Congreso de los Diputados, en el plazo de tres meses, un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales, “que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar”. Disposición que recuerda la nunca cumplida Disposición final segunda de la Ley 85/78 (Reales Ordenanzas) que también emplazaba al Gobierno a “dictar las normas de desarrollo relativas al ejercicio de deberes y derechos individuales en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley”.

7) En los textos fundamentales, históricos y comparados, con cierta frecuencia se aprecian una especie de cautelas del constituyente (se ha llamado inhibición) a la hora de regular de manera completa y precisa la inserción y relación de las Fuerzas Armadas con el sistema de poderes, hecho que suele explicarse en relación con la experiencia histórica reciente. Aunque las opciones pueden ser amplias, la **regulación constitucional** de las Fuerzas Armadas debe referirse a su vinculación con el sistema de poderes, concretando al menos quién tiene el mando y puede disponer de ellas; también puede contener, o silenciar, precisiones respecto al estatuto personal de sus miembros; igualmente, puede contemplar la existencia de una jurisdicción militar, así como el modelo de Fuerzas Armadas, profesional o no, y el modo de nutrir sus filas.

8) Las Fuerzas Armadas en conjunto y los militares en particular, están sujetos a un conjunto de normas jurídicas conocidas como “**leyes militares**”, que están recogidas en textos específicos y también en normas reguladoras de otras materias. Así, además de la legislación institucional o genéricamente referida a la defensa nacional, el estatuto personal de los miembros de las Fuerzas Armadas está específicamente modulado por las Reales Ordenanzas, la Ley de la Carrera Militar, el Código Penal Militar y la Ley de Régimen Disciplinario, además de las precisiones que afectan a los militares contenidas en el texto de la Constitución y las leyes orgánicas que desarrollan los derechos fundamentales. La legislación militar es bastante completa y sus normas pueden clasificarse en político-

constitucionales, penales, procesales y orgánico-judiciales, administrativas y disciplinarias, de urgencia e internacionales.

9) En la vigente Constitución de 1978, está clara la subordinación de las Fuerzas Armadas al Gobierno, aunque la facultad de disposición sobre ellas se configura como un poder sometido a diversos controles y equilibrios, de modo que no esté en una sola mano la decisión del empleo de la fuerza militar. Defensa y Fuerzas Armadas son competencia exclusiva del Estado y la actuación del poder público se manifiesta en dos grandes áreas, política y administrativa, correspondiendo a la primera las grandes decisiones y a la segunda, la gestión y ejecución de las actividades necesarias para poner aquellas en práctica, por lo que existen órganos de dirección política, órganos de asesoramiento y colaboración y órganos de mando técnicos.

En las constituciones actuales, la atribución del **mando** de las Fuerzas Armadas al Jefe del Estado, con más o menos limitaciones o controles, es algo común, aunque la expresión “mando supremo” de las Fuerzas Armadas y su atribución al Rey es una cuestión no exenta de controversia doctrinal, por las distintas interpretaciones en cuanto a su contenido y facultades. La doctrina mayoritaria entiende este “mando supremo” como puramente simbólico, con toda la fuerza de los símbolos, puesto que a eso conduce la conjunción de máxima autoridad y nula competencia legal para ejercerla y en la vigente LODN 5/2005 parece que se refuerza este carácter simbólico. Pero queda claro que la dirección de la guerra y la defensa del Estado corresponde al Gobierno, quedando a los Jefes militares los aspectos técnicos como el asesoramiento y el mando de las tropas para la ejecución de las operaciones militares.

10) El principio de unidad jurisdiccional no impide la existencia de juzgados o tribunales especializados, siempre que esto no provoque desigualdades que se traduzcan en merma de las garantías del justiciable.

Desde que existen los ejércitos hay **justicia militar**, si bien se ha ido reduciendo su ámbito desde el fuero militar estamental, tan completo que llegaba a extenderse a las personas que dependían directamente del militar, pasando por la asociación del mando y la facultad de juzgar, hasta la actual situación claramente restrictiva en competencias. Tendencia que no decae, puesto que

actualmente se discute sobre si está justificada la existencia de la jurisdicción militar, al menos en tiempo de paz.

Constitucionalmente se delimita el ámbito de actuación de esta jurisdicción en dos vertientes, una normal para lo estrictamente castrense y otra excepcional, para los supuestos de estado de sitio. En ambos casos esta jurisdicción actuará conforme a los mismos principios que los tribunales ordinarios.

Precisamente, la delimitación del concepto jurídico indeterminado “ámbito estrictamente castrense” ha presentado dificultades de interpretación. Lo que se persigue es la mejor protección de los intereses de las Fuerzas Armadas en cuanto sean coincidentes o afecten a la defensa nacional y en consecuencia, se protegerá preferentemente el mejor cumplimiento del servicio y la disciplina, como criterio material, empleando como secundarios los criterios competenciales de lugar y persona. El empleo de este criterio en razón de la persona supone para el militar profesional una distinción gravosa respecto al ciudadano común, por razón de su mera pertenencia a las Fuerzas Armadas

La jurisprudencia constitucional ha reducido además a límites muy estrechos el ámbito competencial de la jurisdicción militar, con más razón desde que puede extenderse al personal civil en determinadas circunstancias.

11) Las Fuerzas Armadas fueron diligentes en adaptarse a los preceptos constitucionales, en procesos diversos y, en algún caso, simultáneos con la elaboración del texto fundamental, como fue el caso de las **Reales Ordenanzas** (Ley 85/1978), primera ley promulgada tras la entrada en vigor de la Constitución, cuya redacción se acometió con amplitud de conceptos y visión de futuro, para que fueran duraderas y con la pretensión de que hicieran innecesario legislar un “Estatuto del Militar”, en similitud con los países de nuestro entorno.

Las actuales Reales Ordenanzas presentaron como novedad su inserción formal en el orden jurídico constitucional, manifestada en su articulado, con mención expresa de la misión de las Fuerzas Armadas, idéntica a la del texto constitucional y de la subordinación de la Institución Militar a la Constitución. Las ROFAS son parte del ordenamiento jurídico, lo que les confiere un doble valor; jurídico-político, porque al ser aprobadas por ley se inscriben en el ámbito natural de supremacía civil propio del Estado de Derecho; moral, porque el hecho de ser aprobadas por las Cámaras, representantes legítimos del Pueblo, expresa una

clara identificación “con los ideales del pueblo español” (Artículo 4 ROFAS), ya que se sometieron al procedimiento legislativo ordinario y, tras debate, fueron aceptadas por todos los partidos. Era también la primera vez en nuestra historia constitucional que un texto de esta naturaleza, además de votarse en Cortes, recogía explícitamente un catálogo de derechos y deberes para los militares, aún con el defecto original, subrayado por la doctrina, de su carencia de carácter orgánico. Pero conviene no olvidar que su procedimiento de elaboración fue atípico, porque su redacción corrió a cargo de una Comisión de militares, no de juristas, al margen de la jerarquía oficial, hecha con la idea que en aquel momento se tenía de la necesidad de cambio y adaptación, pero no pensada desde un principio para que revistiera la forma de ley que finalmente se le dio. No obstante, apenas sufrió debate parlamentario y, sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido la validez de las ROFAS como legislación específica hasta la fecha.

La aportación de las Reales Ordenanzas, lo que son, está definido en su primer Artículo, “la regla moral de la Institución y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros”. El Título V “De los deberes y derechos del militar”, contiene puntos centrales para el estatuto del militar, en los Artículos 168 a 185 “De los deberes y derechos civiles y políticos”, delimitando los que corresponden a todo ciudadano y aquellos que son específicos del militar.

Las Reales Ordenanzas impulsaron el cambio en la legislación militar y en el estatuto jurídico de sus miembros, suprimiendo algunas restricciones injustificables.

12) Plantearse la vigencia de las **normas anteriores** a la Constitución de 1978 es importante para la comprensión de cómo puedan afectar a los derechos y libertades actualmente reconocidos. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido pautas claras como:

- Que la reserva de ley no tiene carácter retroactivo y que aunque el legislador no derogue una normativa anterior esto no significa que la haya asumido como propia, por lo que la regulación del ejercicio de derechos fundamentales mediante una norma constitucionalmente inadecuada, servirá en cuanto no sea contraria a la CE y hasta tanto no se regule mediante la correspondiente ley orgánica.

- Que la Constitución no puede tener un efecto retroactivo para exigir un rango determinado a normas anteriores a ella, cuando en el momento de su tramitación parlamentaria no les era exigible la adopción de la forma de ley orgánica, puesto que en el sistema de creación jurídica vigente entonces no existía esta modalidad.

En el caso de la Ley **85/1978** de 28 diciembre (ROFAS) este planteamiento reviste importancia por cuanto continúa siendo el referente del estatuto personal del militar en lo relativo al ejercicio de sus derechos fundamentales. Está claro que las ROFAS entraron en vigor con posterioridad a la CE y sin embargo no se adaptan por entero a ella, resultando evidente lo inadecuado de esta ley para regular los derechos fundamentales de los militares.

Puede decirse que la Ley 85/1978 es formalmente inconstitucional, por razón de su forma de producción, porque entró en vigor después de la CE y porque no se regulan mediante ley orgánica restricciones a los derechos fundamentales, en contra de la exigencia del Artículo 81.1 CE; aunque también es cierto que en el momento de su tramitación parlamentaria no le era exigible la adopción de la forma de ley orgánica, puesto que en el sistema de creación jurídica vigente entonces no existía esta modalidad. En cualquier caso, aún reconociendo las especiales circunstancias del proceso de elaboración y aprobación de las ROFAS, parece clara su inconstitucionalidad al menos en la parte que regula los derechos y libertades de los militares.

Aunque las leyes orgánicas que han desarrollado los derechos fundamentales mencionan al militar, lo habitual es hacerlo para remitir su caso a la legislación militar específica, que aún son las Reales Ordenanzas, por lo que estas siguen siendo un elemento clave del estatuto del militar de carrera.

Resumiendo, en trazo grueso, lo tratado en este capítulo podemos decir que:

- Las Fuerzas Armadas son una institución presente en todos los textos constitucionales comparados, si bien su tratamiento y asociación con la defensa nacional u otros elementos es diferente en cada uno.

- Reciben una especial atención del constituyente, dado que en última instancia son una pieza clave para la supervivencia del propio sistema político, como parte de la defensa nacional.

- Esta importancia hace que los aspectos relativos a su mando, control y poder de disposición estén previstos con distinto detalle, pero desde luego repartidos entre los tres poderes, de manera a veces no particularmente clara.

- Sin ser uno de los actores sociales reconocidos constitucionalmente (partidos, sindicatos o asociaciones) tienen una regulación más extensa que estos en el texto fundamental.

- Presentan características peculiares nacidas de la necesidad de ser eficaces, más que de la tradición, lo que les diferencia del común de la Administración del Estado.

- Solo por el hecho de su profesión, sus componentes sufren restricciones en sus derechos y libertades, bien fijadas constitucionalmente, bien por decisión del legislador; por lo que soportan excepciones respecto al estatuto del ciudadano común, con jurisdicción penal propia y régimen disciplinario específico.

- Sus derechos y libertades aún no han sido regulados de manera unitaria, ni adecuada, en un estatuto propio.

- Está claro que la situación del militar profesional en su relación individual frente al aparato del Estado no es la misma que la del ciudadano común. A los perfiles de esta relación y la razón y posible justificación de sus extremos, se dedicarán las páginas siguientes.

Capítulo Cuarto

RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL Y LA RELACION DE SUJECCIÓN ESPECIAL DEL MILITAR

A esta altura del trabajo ha quedado claro que la relación del militar con la Administración difiere de la que sostiene un ciudadano común, en sentido restrictivo, ya que está inserto en una institución que tiene un encuadre constitucional peculiar y que tradicionalmente ha sido objeto de atención en razón de la importancia y características de sus misiones.

Esta particular posición de las fuerzas armadas en el ordenamiento también se refleja en el estatuto personal de sus miembros, que viven insertos en lo que la doctrina jurídica ha dado en llamar una relación de sujeción especial.

En el presente capítulo nos proponemos delimitar el significado de este concepto desde un punto de vista jurídico-constitucional para descubrir sus efectos en el estatuto personal del militar de carrera.

4.1. LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL (RdSE)⁷¹².

El estudio de las relaciones de sujeción especial es uno de los ámbitos donde el contacto entre los campos constitucional y administrativo, es evidente, pues como certeramente señalara Gallego Anabitarte,

“... cuando la norma constitucional se presenta con total pretensión de validez, cuya realización eficaz es llevada a cabo por la jurisdicción constitucional, entonces, rara vez un tema de Derecho Administrativo no roza lo constitucional y rara vez un planteamiento profundo de un tema constitucional no lleva a lo administrativo”⁷¹³.

No obstante, aunque el concepto RdSE puede estudiarse desde tantos puntos de vista como problemas plantea, nos centraremos en el de la validez y

⁷¹² En adelante se empleará indistintamente “relaciones de sujeción especial” o su abreviatura RdSE.

⁷¹³ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública* n^o 34. Año XII, enero-abril 1961 (reimpresión octubre 1972), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p.11.

eficacia de los derechos fundamentales en su ámbito relacional, como más ajustado al propósito de este trabajo, para intentar aclarar esa relación en claroscuro entre ciertas situaciones juridicopúblicas y los derechos fundamentales, si bien será necesario aproximarse a otras cuestiones como la eficacia del principio de legalidad de la administración.

4.1.1. ORIGEN DE LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL.

El problema básico de las RdSE estriba en la dificultad que presenta la delimitación de su concepto, contenido y alcance, para lo que puede ser ilustrativo remontarse al medioevo para vislumbrar sus raíces, que se advierten en la relación de vasallaje germánica, en la que se intercambia fidelidad al señor por protección armada al vasallo, relación que evolucionó desde esta inicial relación privada vasallo-señor, a una relación pública entre cargo administrativo o político y monarca, al ocupar algunos de aquellos ciertos cargos públicos, constituyéndose así esta relación en una forma de servicio indirecto al Estado. Por otra parte, a lo largo de la edad moderna, la ampliación de las funciones estatales implica cada vez a más personas en el servicio público, lo que significa la consolidación de la situación del servidor público, no sobre una base contractual o patrimonial, sino como una situación objetiva de carácter estatutario y apoyada en la voluntad regia⁷¹⁴.

En los primeros periodos constitucionales, la división de poderes no era nítida. En realidad, el monarca ostentaba el poder ejecutivo con ciertos controles o cortapisas por parte del legislativo, al tiempo que este debía compartir ciertas facultades o tolerar determinada participación de aquel en los asuntos propiamente parlamentarios. Es decir, existían dos legitimidades mas o menos explícitas y si bien el legislativo predicaba la abolición de fueros, el ejecutivo disponía de amplia capacidad de disposición en su ámbito interno, el de la Administración del Estado, lo que le permitía la restricción de derechos, libertades y garantías jurídicas, con mayor o menor intensidad, a quienes estaban en esta esfera interna.

⁷¹⁴ Véase GARCÍA MACHO, Ricardo: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos S.A., Madrid, 1992, pp. 24 ss y p.117.

En el ámbito comparado, las relaciones de sujeción especial son antiguas, aunque admiten distintos contenidos según la época histórica y se imponen como categoría jurídica a finales del siglo XIX merced a la labor de la doctrina alemana. En particular destaca Otto Mayer, que dotó a la figura de las RdSE de perfiles aún válidos y que consideraba característico de estas, la dependencia acentuada para quienes estén dentro de esa especial estructura, a favor de un fin determinado de la Administración pública. De manera que la obligación general de todo ciudadano de ajustar su conducta conforme al interés público, se ciñe en el caso de las RdSE a la obligación de regular su conducta conforme a cierto interés público concreto, lo que estrecha inevitablemente la dependencia respecto al Estado del ciudadano inserto en una RdSE, repercutiendo negativamente en su estatuto como tal ciudadano⁷¹⁵.

En España, las RdSE tienen su propia historia como concepto, si bien con una función distinta y en un contexto político muy diferente del actual. En cierta forma, las relaciones de sujeción especial ya se daban durante el absolutismo, significativamente en el ámbito militar, en un sistema político en el que la naturaleza de la relación de fidelidad que unía el ejército al rey, que encarnaba la soberanía como atributo personal, era personal y privada. De manera que mientras el interés de quienes servían en los ejércitos era colectivo e identificado con el interés del rey, el de los ciudadanos era privado, lo que generaba diferentes obligaciones y, en consecuencia, diferentes códigos de conducta y valores⁷¹⁶. En esta época se redactaron las Reales Ordenanzas de Carlos III (1768) que, al regular todos los aspectos de la vida militar, configuraban lo civil y lo militar como ámbitos distintos.

Tras la Revolución Francesa, el principio de igualdad consigue la igualdad formal de todos los ciudadanos, al menos en la esfera de la relación general de sujeción, es decir, entre Estado y ciudadano. En este escenario de igualdad formal, el ejército quedaba como un cuerpo extraño, porque representaba un recuerdo vivo del pasado absolutista cuyos principios habían sido derogados y estaban en abierta contradicción con las nuevas corrientes, así como por las

⁷¹⁵ Hay otros como Laband, primero en aplicar la categoría RdSE a los funcionarios públicos, que se basan en la distinción entre "función" y "funcionario" y el concepto de "relación de servicio", que en el caso del funcionario se apoya en un contrato, en cuya virtud se compromete a servir al Estado de manera particular y estrecha.

dificultades intrínsecas de la adaptación o supresión del antiguo fuero militar. Pero como el recurso a la fuerza armada del Estado seguía siendo necesario, el problema se centraba en su acomodo a los nuevos tiempos, por lo que se trataba de salvaguardar la disciplina y otras facetas útiles, para hacer compatible la calidad de ciudadano y militar en una misma persona.

Las Cortes de Cádiz iniciaron una tarea legislativa intensa para reducir las facultades regias sobre el Ejército, pero durante el siglo XIX el rey ejerció un mando efectivo sobre los ejércitos, como poder ejecutivo, lo que favoreció la separación de los ámbitos militar y civil. Esta realidad no fue unánimemente aceptada, de manera que la pugna entre los principios monárquico y democrático o constitucional, será determinante para considerar al militar solo militar, bajo el mando absoluto del rey; o militar y ciudadano a un tiempo, es decir titular de derechos, aunque limitados.

El principio monárquico, se presenta en nuestra historia constitucional, con matices, bajo la expresión “soberanía nacional”, que es la síntesis de dos poderes constituyentes, popular y monárquico, lo que de hecho significa una soberanía compartida entre el rey y las Cortes⁷¹⁷. Esta soberanía compartida reviste de legitimidad a los *estatus* especiales que traen causa de ella, que se distinguen y separan claramente del *estatus* general del ciudadano.

Uno de los efectos que produce esta formulación es que los sometidos a *estatus* especiales carecen de derechos fundamentales, o si los tienen, su ejercicio está restringido. Esta ineficacia de los derechos fundamentales se fundamenta en que los sujetos al *estatus* especial pertenecen a la esfera interna del Estado y lo que cuenta allí es el interés de este y no el individual, de manera que los derechos fundamentales pueden restringirse por simples Circulares o Reales Ordenes, entendiéndose además como permanente la inserción en el *estatus* especial. Además, existe la teoría de que los individuos que entran en un *estatus* especial, renuncian a sus derechos en razón de esa voluntariedad, por lo que será la propia Administración quien fije sus obligaciones en razón del servicio.

⁷¹⁶ Véase GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. p.27.

⁷¹⁷ En las Constituciones de 1837 y 1845 el rey encarna el poder ejecutivo, reina y gobierna. A partir de la Constitución de 1869, que sí establecía algún control sobre el mando efectivo del rey y en la de 1876, el rey pasa a ejercer un poder moderador, encarnación de la unidad del Estado, mientras que el ejecutivo es cosa del Consejo de Ministros. Véase GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. p.136.

Así, se explica la pervivencia de las relaciones de sujeción especial por la existencia y confrontación de dos legitimidades durante el constitucionalismo de los siglos XIX y parte del XX, en una estructura constitucional dualista.

Durante el régimen de Franco, la jurisprudencia del Tribunal Supremo extendió el concepto de relación de sujeción especial, con este mismo término u otro parecido, dando por hecho que la esfera de la autoorganización era el ámbito doméstico de la Administración y que, en consecuencia, esta podía actuar con libertad e impunidad, siempre en base a la voluntariedad del sometimiento del administrado y al interés general⁷¹⁸.

En aquel régimen político resultó una fórmula especialmente útil para el juzgador, ya que esta carencia de eficacia del principio de legalidad en el campo de los *estatus* especiales, permitía justificar sanciones y restricciones impuestas por simple vía reglamentaria en el ámbito interno de la Administración, cubriendo así *déficit* de legalidad. Es decir, que la Administración actúa sin control jurisdiccional, por estimarse que los actos y normas administrativas no son derecho y que aunque estas lo sean, no están sometidas a control. Los reglamentos no son impugnables, porque no afectan a intereses individuales y la jurisdicción contenciosa se manifiesta incompetente para entender de los recursos promovidos por militares separados del servicio en virtud de fallos de tribunales de honor.

Como categoría jurídica actualizada, cabe fechar la introducción de las RdSE en España durante la década de mil novecientos sesenta, como importada de la doctrina alemana. En las dos siguientes décadas fue necesario retomar su estudio porque, al no estar jurídicamente definidas ni doctrinalmente delimitadas, su empleo se prestaba al abuso en razón de su utilidad para amparar el funcionamiento del poder público en determinados supuestos, aprovechando lagunas del derecho positivo, por no haber sabido conjugarse el sistema de garantías de los derechos y libertades con las necesidades reales de

⁷¹⁸ La aplicación del concepto RdSE se extiende desde los colectivos clásicos (funcionarios, militares, presos, estudiantes) a otros como los promotores de viviendas, espectáculos taurinos, detectives privados, Colegios profesionales, salas de fiesta, etc, de modo que la Administración lo emplea como “ungüento mágico”, para explicar o salvar los *déficit* de legalidad en las relaciones Estado-ciudadano, desvirtuando así el concepto original. Véase en GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. pp.156-167.

funcionamiento de la Administración. De manera que el recurso a las RdSE ha funcionado en la jurisdicción ordinaria

"...como un argumento comodín de apelación para justificar modulaciones *ad hoc* de determinadas relaciones jurídicas con la Administración y, específicamente, para sustentar la posibilidad de reglamentaciones independientes cuando estas despliegan sus efectos *ad intra* de la organización, para argumentar supresiones de eficacia de determinados derechos fundamentales en relación con ciertas categorías de sujetos, para su limitación o restricción más intensas o, en fin, para justificar un especial debilitamiento de sus garantías en el seno de tales relaciones"⁷¹⁹.

4.1.2. LAS CONVENIENTES PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.

En una cuestión compleja como esta de las relaciones de sujeción especial, es necesario asegurar la coincidencia en los términos empleados o al menos tener claras las divergencias, para no entender algo distinto con las mismas expresiones, por lo que será conveniente dejar constancia de las opciones elegidas procurando reducir la confusión por ambigüedad o impropiedad terminológica, porque ni tan siquiera es pacífica la denominación de la categoría en estudio, sobre la que existen divergencias doctrinales.

El origen de la expresión puede fijarse en la traducción literal de *Besonderes Gewaltverhältnis* como "relaciones de poder especial" o "relación de supremacía especial".

Podemos observar que la doctrina utiliza las expresiones "relaciones especiales de sujeción", "relaciones de especial sujeción" o "relaciones de sujeción especial", pero cada autor opta por una de ellas, sin mezclarlas. Entre los que emplean la primera se cuenta Gallego Anabitarte y López Benítez⁷²⁰, si bien

⁷¹⁹ CÁMARA VILLAR, Gregorio: "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales", en Miguel Ángel Aparicio (Coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas (Actas del Congreso sobre Derechos Constitucionales y Estado Autonómico)*, Cedecs, Barcelona, 2001, pp.117-118.

⁷²⁰ Que cita a Santi Romano, para quien la sujeción no es un elemento de una relación jurídica sino una posición, que es estable, permanente y general, fuente y causa de una serie de relaciones, distinguiéndose así de la relación que es mas o menos contingente y circunscrita. Además, López Benítez considera que "la expresión 'relación de sujeción especial' u otras similares encierra una contradicción *in terminis*, solo mantenible por el valor dado que ha adquirido y al que no parece conveniente renunciar" y que asimilar "relación de sujeción" a un "no poder obrar", no solo carece de contenido sino que puede ser contradictorio y que tanto la sujeción como su correlato (potestad) surgen directamente del ordenamiento y no de una concreta relación jurídica. Por otra parte, estima que tampoco merece la pena detenerse demasiado en este camino

este lo hace pese a criticarla, en tanto que Lasagabaster Herrarte⁷²¹ se decanta por la última.

La jurisprudencia emplea ambas expresiones indistintamente.

El punto de interés estriba en determinar en qué radica la especialidad, si en la relación (jurídica) o en la sujeción (posición). Emplear “relaciones especiales de sujeción” (REdS) sugiere la existencia de más de una clase de relación entre ciudadano y Administración, cuando en un sistema político democrático y en un Estado de Derecho esta relación debe ser única y sin especialidades. Parece pues que la especialidad habrá que predicarla de la intensidad o características de la sujeción (posición), por lo que será más ajustado el término “relaciones de sujeción especial” (RdSE), lo que concuerda con la existencia de los casos contemplados en el texto constitucional en los que se fija en esa sede una sujeción distinta para ciertas categorías de ciudadanos, en la idea de que no existen relaciones especiales para una determinada clase de ciudadanos, con sus correspondientes derechos y obligaciones igualmente especiales, sino una relación única con diverso grado de intensidad, según los casos, por lo que también estaríamos ante una diferencia de intensidad en las limitaciones de derechos y libertades.

Parece que la denominación “relaciones especiales de sujeción” (REdS), procede del concepto constitucional dualista de esta categoría, puesto que se distinguía entre relación general y relaciones especiales, en tanto que “relaciones de sujeción especial” (RdSE) parece adaptarse mejor al contexto constitucional actual (monista). En este texto se empleará esta última (RdSE) por coherencia con lo expuesto y con el propósito de no contribuir a confusión.

También hay quien estima más acertado denominarlas *estatus* especiales para eliminar adherencias históricas y subliminales y así centrarse

hacia la insatisfacción dogmática y que quizás por eso resulte oportuno “dejarse guiar por el valor adquirido que la fórmula *relaciones especiales de sujeción* tiene entre nuestra doctrina y seguir manteniéndola con esta y otras matizaciones que a la misma se han hecho”. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba. Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1994., pp.167-169.

⁷²¹ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: *Las relaciones de sujeción especial*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1994.

“exclusivamente en el reconocimiento de la especialidad que conlleva una concreta relación jurídica con la administración”⁷²².

La expresión “relaciones de especial sujeción” (RdES), cabe emplearla como alternativa y equivalente a “relaciones de sujeción especial” (RdSE)⁷²³.

En cuanto al empleo de la denominación de la categoría en plural o singular, está claro que habrá tantas RdSE como tipología de afectados, bien por razón de servicio (funcionarios), por razón de prestación (usuarios de servicios) u otras, entre las que la relación de sujeción especial del militar es solo una de ellas.

4.1.3. POSICIONES DOCTRINALES RESPECTO AL CONCEPTO “RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL”.

Los derechos fundamentales tienen una proyección especial al menos en tres ámbitos de relaciones, sobre los que el legislador ejerce una actividad moduladora más o menos intensa. Estos son, el ámbito de relación con la Administración desde la posición general de administrado, la relación horizontal entre particulares⁷²⁴ y el de la relación con la Administración desde una situación personal de especial dependencia, que trae causa de un interés público concreto o de una marcada potestad⁷²⁵.

En el debate doctrinal de Maguncia (1956) se convino que el punto de partida esencial para afirmar la existencia de una RdSE era el formar parte de la Administración Pública y se dio la siguiente definición:

“La RdSE es aquella relación jurídico pública de sometimiento, en el ámbito del Derecho Administrativo, en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la

⁷²² En este sentido, Cámara Villar se muestra partidario de la necesidad de “sostener un concepto constitucionalmente relevante y adecuado de relación de sujeción especial”. CÁMARA VILLAR, G.: “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales”, cit. pp.132-134.

⁷²³ En resumen, parece que lo especial es la sujeción y no la relación, que es única y la clave está en donde situar la palabra “de”.

⁷²⁴ Véase VEGA GARCÍA, Pedro de: “En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Volumen Primero*, Tecnos, Madrid, 1997, pp.333-345.

⁷²⁵ Es decir, “desde un *status* de sujeción especial del ciudadano inserto en un entorno funcional regido por la presencia de unos fines e intereses públicos fuertemente ordenadores o directivos, o, visto desde la óptica del poder público, desde una relación marcada por el ejercicio de potestades que sitúan a este en una posición de especial supremacía”. CÁMARA VILLAR, G.: “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales”, cit. p.119.

dirección inmediata del Poder público, con cierto carácter duradero y en favor de un determinado fin administrativo”⁷²⁶.

En cualquier caso, la relación de sujeción especial se diferencia de la relación general de sujeción establecida entre el individuo y el Estado, esencialmente por la existencia de un mayor grado de dependencia del individuo respecto a la Administración. Pero la cuestión central que es la propia justificación de su existencia, está lastrada por el hecho de que las RdSE son una categoría nacida bajo el superado principio monárquico, por lo que será necesario buscar en la Constitución alguna justificación para su mantenimiento y, de haberla, aclarar el concepto.

En el texto constitucional no se advierte indicación a este respecto, en cambio, explícita o implícitamente reconoce la existencia de *estatus* especiales, es decir, casos en los que el ciudadano añade a su condición general una cualidad distintiva configurada subjetivamente por el hecho de estar inserto en una rama de la organización administrativa, singularizada por los fines e intereses que tiene encomendados. En estos casos, el constituyente ha expresado, por acción u omisión y con distinto grado de transparencia, la posibilidad de suprimir o restringir determinadas garantías o derechos en esos ámbitos funcionales, sin que esto pueda entenderse como una habilitación genérica o indeterminada en favor de los poderes públicos y en perjuicio de los derechos y libertades constitucionales.

En ocasiones, la situación exigirá las necesarias modulaciones o restricciones de derechos y libertades para garantizar la efectividad del interés público protegido, que también es un bien constitucional, por cuanto será necesario que esas restricciones o limitaciones estén suficientemente justificadas y que exista una proporción entre bienes protegidos y medidas limitadoras.

“Todos estos ámbitos están caracterizados por la existencia de una relación que se produce en el interior de la esfera organizacional y de funcionamiento cotidiano de la Administración y, por ello, quedan también configurados por la existencia de un específico y relevante interés público a proteger en cada supuesto. Esto conduce a la necesidad de diseñar un peculiar régimen jurídico para cada uno de ellos, que encuentra su explicación y fundamento en la presencia de ese interés y en el carácter ineludible de su aseguramiento, fundamentando, a su vez, una delimitación

⁷²⁶ GALLEGO ANABITARTE, A.: “Las relaciones especiales de sujeción...”, cit. p.17.

específica y probablemente más intensa de algunos derechos y, eventualmente, de sus restricciones necesarias"⁷²⁷.

El tratamiento doctrinal de las RdSE es escaso en el entorno comparado y el concepto carece de una elaboración doctrinal suficiente como para sustentar la categoría sin fisuras, por lo que será conveniente revisar las posiciones doctrinales más sobresalientes⁷²⁸.

En la **doctrina** española el estudio de los **derechos fundamentales en el marco de las RdSE** ha sido ciertamente escaso y casi siempre desde el campo administrativo⁷²⁹, en tanto que como señala Cámara Villar, desde el campo constitucionalista el esfuerzo ha sido casi inexistente, por imponerse paulatinamente la idea de que la diferencia entre los supuestos comunes de limitación de derechos fundamentales y los que se producen en los *estatus especiales* existe una diferencia de intensidad, no de calidad. Pero el hecho es que tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional utilizan la categoría RdSE, por lo que

"...resulta obligado indagar en la índole y naturaleza de estas relaciones para calibrar en qué medida y con qué efectos, con qué justificación y mediante qué instrumentos puede verse afectada en su seno el despliegue de la eficacia de los derechos y libertades fundamentales"⁷³⁰.

Para **Gallego Anabitarte**, la relación de dependencia, el estado de libertad restringida, la imposibilidad de establecer con anterioridad la extensión y el

⁷²⁷ CÁMARA VILLAR, G.: "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales", cit. p.123.

⁷²⁸ El análisis más profundo sobre las RdSE se ha hecho en Alemania, por lo que las referencias a aquella doctrina son inevitables.

En el caso español, Lasagabaster atribuye esta escasez de elaboraciones doctrinales a la anterior ausencia de libertades públicas, como causa concreta. El razonamiento es sencillo, porque si no hay libertades públicas, mal puede estudiarse la posición del ciudadano en sus relaciones con los poderes públicos, cuando uno de los ámbitos más afectados por la operatividad de las RdSE es el de los derechos fundamentales. Véase LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p.146.

⁷²⁹ Que puede resumirse en los trabajos de Gallego Anabitarte, García Macho, López Benítez y Lasagabaster Herrarte, principalmente.

⁷³⁰ Cámara Villar plantea el siguiente estado de la cuestión:

"... ante una Constitución normativa que sitúa en su mismo centro el respeto y la protección de los derechos y libertades fundamentales a los que atribuye una dimensión fundamentadora e institucional y, por lo tanto, un carácter expansivo, donde su "mayor valor" ha de ser garantizado por los poderes públicos; ante una Constitución normativa que no deja ningún ámbito de poder exento del sometimiento a la ley y del Derecho, ¿merece esta categoría de "relación de sujeción especial" la muerte doctrinal? En el caso de que se respondiera negativamente a esta pregunta, ¿qué utilidad puede depararnos en el orden científico y en el orden práctico su mantenimiento para

contenido de las prestaciones y la sustitución del acto administrativo por la instrucción, junto al hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes que “no tienen su origen directamente en la ley, sino en el derecho creado por la Ley, para ordenar”, serán notas esenciales con las que la doctrina caracterizará el concepto de RdSE. Desiste de definir las RdSE, por estimar que la indeterminación de la situación de hecho a la que se refieren impide cualquier intento, ya que cualquier definición sería siempre insuficiente y por tanto inútil. Pero además, en este caso hay que desistir

“...tanto por la gran diferencia que existe entre las figuras jurídicas que se comprenden bajo dicho concepto, como por el hecho de ser la RdSE una institución que se desarrolló un poco al margen, careciendo de la consiguiente investigación científica que la hubiese acuñado con el debido rigor. Y esto tiene como consecuencia que en el fondo cualquier definición dependerá del libre arbitrio de cada autor”⁷³¹.

En conclusión, considera que existen RdSE en plural, con grandes diferencias entre sí y que esta es una razón mas para evitar el esfuerzo de definir las buscando una cualidad única como nota esencial. No obstante sí que advierte algunas notas que las caracterizan y que en cada RdSE se presentan con diferente intensidad, como son:

- “Acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones.
- Estado general de libertad limitada.
- Existencia de una relación personal.
- Imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenidos de las prestaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados.
- El hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de Ley.
- El hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo.
- La alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento.
- El admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa”⁷³².

contribuir a una clarificación conceptual ordenada a la protección personal?”. CÁMARA VILLAR, G.: "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales", cit. pp.120-121.

⁷³¹ GALLEGU ANABITARTE, A.: “Las relaciones especiales de sujeción...”, cit. p.24.

⁷³² GALLEGU ANABITARTE, A.: “Las relaciones especiales de sujeción...”, cit. p.25.

García Macho, restringe el concepto RdSE a las relaciones que es posible identificar en el texto de la Constitución de 1978, fuera de las cuales no serían admisibles más, por vulnerar “principios esenciales del Estado de Derecho”⁷³³ y pone el acento en la incidencia de las RdSE sobre los derechos fundamentales, admitiendo la aplicación del concepto con cautelas.

“Las relaciones de especial sujeción tienen como consecuencia que determinados grupos o individuos dentro de ese círculo sufren restricciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Asimismo, en esa esfera la Administración, al actuar con flexibilidad y cierta libertad, ablanda el principio de legalidad, afecta a la seguridad jurídica y dificulta el control jurisdiccional de su actuación. Esta situación, que de hecho se produce, exige una aplicación de ese concepto con precauciones y restringidamente”⁷³⁴.

López Benítez se pregunta sobre la posibilidad de construir un concepto que fije la realidad de las RdSE. Critica que la doctrina haya evitado hacerlo y que sin embargo haya dado por buenas una serie de notas e indicios que servirían para determinar qué casos pueden incluirse en la categoría de las RdSE y cuales excluir, cuando es la falta de coherencia entre esas notas lo que a veces produce resultados contradictorios, que unida al uso expansivo que la jurisprudencia (del TS en particular) hace de las RdSE, conduce a la necesidad de fijar de una vez la lista de RdSE que existen en nuestro ordenamiento jurídico, siempre desde el derecho positivo y huyendo de la simplificación que supone el trasplante de resultados desde ordenamientos ajenos.

Considera prioritaria la tarea de fijar el concepto, como premisa para el tratamiento científico de las RdSE, y atribuye a esta carencia lo errático de nuestra jurisprudencia en cuanto a la asignación de estas RdSE a determinados sectores de difícil encaje y la confusión teórica subsiguiente. Es decir, que es necesario reducir la heterogénea realidad de las RdSE a un concepto, al que han

⁷³³ En concreto se refiere al Artículo 25.2 (presos), Artículos 28.1 y 103 (sindicación), Artículo 28.2 (huelga), Artículo 29.2 (petición), Artículos 127 y 159.4 (jueces y magistrados). Véase GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. pp. 208 ss.

⁷³⁴ GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. p.209.

Lasagabaster critica esta concepción porque considera que no despeja todas las dudas sobre la categoría RdSE, entre otras causas porque García Macho considera como característica común a las RdSE identificadas en la Constitución, la de estrecha convivencia entre Administración y administrado, que considera insuficiente. También advierte fallos en el uso de la referencia a las limitaciones de derechos fundamentales como criterio, por ejemplo porque a los estudiantes no se les limitan sus derechos y en cambio los militares sufren otras limitaciones relacionadas con la tutela judicial. Véase LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. pp.161-162.

de contribuir los indicios, notas o caracteres ya sabidos, mediante un proceso de abstracción. Así que se atreve a dar una **definición**, si bien advierte de su finalidad instrumental para individualizarlas y catalogarlas, entendiendo por RdSE,

“...las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”⁷³⁵.

Para López Benítez, la mera afirmación en esta definición de que las RdSE son relaciones jurídicas ya proporciona dos datos importantes: la propia juridicidad de las relaciones y su carácter intersubjetivo, es decir la necesidad de dos personas jurídicas distintas. Por esto ataca lo que llama el mito de la ajuridicidad de las RdSE apoyándose en la doctrina y en que el carácter no jurídico de las RdSE tiene poco sostén en la realidad de los hechos, puesto que la ajuridicidad estaba ligada a la confusión entre órgano y persona física titular del mismo, por lo que a medida que ambos se fueron independizando, también decayó el concepto.

La importancia de que las RdSE conformen auténticas relaciones jurídicas con el contenido propio de estas, estriba en que esto implica una situación jurídica estable y no un simple agregado de derechos y deberes, lo que es importante para el sujeto de la RdSE, ya que comporta junto a su carácter de persona portadora de personalidad jurídica, la posesión de una serie de poderes ejercitables frente a la Administración, rompiendo así la idea de indefensión ante esta.

García de Enterría parte del concepto de potestad, que entiende generada directamente por el ordenamiento y no en pacto, negocio o acto alguno. La potestad no recae sobre objeto determinado ni consiste en una pretensión particular, sino que es de carácter genérico, una posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de cuyo ejercicio pueden surgir relaciones jurídicas particulares. Frente a la potestad no se está en situación de deber u obligación, sino en una sujeción abstracta que incluye soportar los efectos jurídicos que dimanen del ejercicio de la misma, que podrán ser ventajosos, desventajosos o indiferentes.

La potestad presenta dos modalidades o variantes, de supremacía general⁷³⁶, que sujeta a todos los ciudadanos por el simple hecho de serlo, y la **potestad de supremacía especial**, que solo cabe ejercerla “sobre quienes están en una situación organizatoria determinada de subordinación, derivada de un título concreto: sobre los funcionarios o los usuarios de servicios públicos (así, la potestad disciplinaria)”⁷³⁷. Los *estatus* especiales derivados de esta supremacía especial, “vendrán definidos normalmente por la condición de destinatario de un ‘ordenamiento seccional’, en la expresiva terminología italiana”⁷³⁸.

Advierte que aunque la doctrina alemana empleó estas situaciones para justificar un sometimiento excesivo de determinados sujetos, sin necesidad de una cobertura de ley, sino apoyada en el libre arbitrio administrativo, capaz incluso de afectar a los derechos fundamentales del sometido, esto no es posible actualmente en el derecho español, porque el principio de legalidad cubre la totalidad de la actuación administrativa (Artículo 103.1 CE) y porque los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (Artículo 53.1 CE).

No obstante, estima que el concepto de situación de supremacía o sujeción especial sigue siendo útil, pero “no como doctrina de la exención legal de la Administración” y rechaza la teoría del consentimiento previo (Mayer) como fundamento de esta especialidad. Como rasgo distintivo señala que la actuación administrativa será mucho más expeditiva en estos casos de RdSE, con menos formalidades que respecto al ciudadano ordinario y que “la verdadera razón está en la inserción del administrado en una organización administrativa, necesitada de un funcionamiento dinámico”⁷³⁹.

Lasagabaster Herrarte hace un **esfuerzo de síntesis** a la búsqueda de líneas maestras que le permitan profundizar en la categoría y constata que el estudio de las RdSE debe relacionarse con la idea de potestad general, con las potestades de organización y domésticas, con la existencia de dos tipos de

⁷³⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit. p.161.

⁷³⁶ Desde la perspectiva de la Administración, será “relación general de poder” o “de supremacía general” y desde la perspectiva del administrado, “relación general de sujeción”.

⁷³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo (Tomo I)*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1990, p.443.

⁷³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo (Tomo II)*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1990, p. 20.

⁷³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo (Tomo II)*, cit. p.21.

administrados y con el uso de la categoría RdSE para describir un cierto tipo de *estatus*⁷⁴⁰.

“Las RdSE contemplan como concepto jurídico a esa construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquella, que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida, y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales a favor del ciudadano afectado por una tal situación”⁷⁴¹.

Lasagabaster se pregunta si estamos hablando del mismo concepto de potestad al tratar las de supremacía general y especial. Recurriendo a la doctrina, cree que la respuesta no está clara, entre otros motivos, porque en el caso de las RdSE la potestad deja de ser un poder abstracto, ya que la subordinación de los afectados por la RdSE deriva de un título concreto. Concluye que el concepto de potestad (y sujeción) no es suficiente, ya que la legitimación de la Administración en un título concreto no permite dar un concepto de RdSE precisamente por la gran variedad de estos títulos, que impiden reducir a una sola categoría todas las situaciones posibles⁷⁴². También piensa que es mejor no dar una definición y prefiere limitarse a analizar sus características para acercarse al concepto finalmente. En resumen, estima que no hay un concepto RdSE suficientemente elaborado, que su tratamiento doctrinal es escaso y que no se ha podido fijar el alcance y función del concepto. Se enumeran las situaciones que se definen como RdSE (militares) “sin tener en cuenta que aquellas características que se predicen de las RdSE ya no se dan en estos casos”⁷⁴³.

Cámara Villar estima que estos diversos *estatus* especiales tienen en común la modulación o modificación en negativo del *estatus* general del ciudadano, en unos casos fundada sobre la base de la voluntariedad (militares de

⁷⁴⁰ Para profundizar en esta caracterización relaciona las RdSE con cada una de las líneas apuntadas, estudiando lo que llama *binomios* (RdSE-potestad, RdSE-potestad organizatoria, RdSE-servicio público, RdSE-*estatus*, RdSE-tipología de administrados), para intentar aproximarse al concepto, que, o bien se resiste a ser elaborado o simplemente ha decaído y se sigue usando por inercia o comodidad. Aunque al final, tras el pertinente estudio, termina descartando la utilidad de estos *binomios* para llegar al concepto unitario de RdSE. Véase LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. pp.147 ss.

⁷⁴¹ LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p.25.

⁷⁴² Véase LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. pp.148-153.

carrera) y en otros en una ley (presos). Considera el concepto de sujeción especial

“...crucial para poder entender y justificar matizaciones de ciertas garantías, como es el principio *ne bis in ídem* en la esfera de las sanciones de autoprotección en tanto que estas, al imponerse en el ámbito organizacional de la Administración, pueden tener un papel y fundamento distinto de las de orden público, en todo caso incompatibles con las de orden penal”⁷⁴⁴.

La **nota más general** de las RdSE es la restricción de libertad o debilitación de ciertos derechos por el hecho de la inserción del afectado en determinada esfera de actuación de la Administración, por entender esta que obstaculiza la satisfacción de los intereses que tiene encomendados el que el administrado goce y se sirva de sus derechos en la extensión y grado propio de la relación general de sujeción del ciudadano común.

Pese a la dificultad (o imposibilidad) de encontrar un mínimo común denominador que permita construir un régimen jurídico acabado para las RdSE, la solución no es negar la existencia o liquidar esta categoría, sino ahondar en su clarificación. La efectividad de los derechos fundamentales y su carácter expansivo así lo exigen y precisamente

“...acotando las relaciones de especial sujeción como ámbito funcional y excluyendo su configuración como ámbito de poder autónomo de la Administración exento de ciertas garantías, como sucediera en el pasado -cosa imposible de pretender en el Estado constitucional de nuestros días-, puede encontrarse un sentido específico a los *status* especiales”⁷⁴⁵.

En **resumen**, la situación de sujeción especial origina un entramado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración y el administrado cualificado con ese *estatus* que, en todo caso, debe ser entendida en un sentido reductivo, compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales. El problema está en la diversidad de situaciones y, en consecuencia, en encontrar

⁷⁴³ LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p.171.

⁷⁴⁴ Véase STC 2/1981 de 30 enero, FJ 4. “El principio general del derecho conocido por *non bis in ídem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.[...] - que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”.

⁷⁴⁵ CÁMARA VILLAR, G.: “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales”, cit. p.137.

los criterios que armonicen las exigencias del ámbito funcional con el valor preferente que se debe dar a los derechos fundamentales⁷⁴⁶.

Como no hay un concepto doctrinal claro o mayoritariamente asumido, la doctrina se agota en descripciones del fenómeno, en dar notas y características, pero es reacia a ofrecer una definición acabada de la categoría RdSE y los que se atreven lo hacen con reservas, conscientes de su insuficiencia, por lo que estas relaciones subsisten en el ordenamiento llegando a hacerse difícil de distinguirlas de las llamadas relaciones de sujeción general. Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha utilizado las RdSE como “comodín para resolver los entuertos que el legislador provoca”, sin especial esfuerzo, provocando inseguridad jurídica para el ciudadano, que no sabe cuando está en una RdSE y tampoco qué consecuencias tiene.

Ante este panorama cabe preguntarse si se puede dar una definición única o si habrá tantas como RdSE, por lo que parece que habrá que conformarse con descubrir las líneas maestras de la categoría que basten para identificar la existencia de una RdSE, con claridad y fundamento.

4.1.4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL.

El principio de legalidad de la Administración, desglosado en los de reserva de ley y primacía de ley, ha servido tradicionalmente para articular la relación entre ley y reglamento. En esquema, la reserva de ley consistía en la necesidad de una norma con rango de ley para regular determinadas materias, en tanto que la primacía de ley significaba la preferencia o mayor fuerza de esta sobre el reglamento.

Si bien la admisión de la primacía de la ley sobre las demás fuentes del Derecho está admitida, es decir, que la ley no puede ser modificada por ninguna disposición o acto dictado por la Administración, la equiparación entre principio de legalidad y reserva de ley, o la exigencia de una norma con rango de ley para habilitar la actuación de la Administración, es más discutida, porque las primeras

⁷⁴⁶ Véase STC 175/1997 de 27 octubre (FJ 2), así como SSTC 74/1985, 2/1987, 120/1990 y 137/1990, 11/1991, 57/1994 y 170/1996.

elaboraciones doctrinales del concepto de reserva de ley nacieron en un contexto político muy diferente del actual. En el sistema político liberal dualista, la ley marcaba los límites del poder del monarca y aunque el ejecutivo tenía amplia libertad en los ámbitos no protegidos por la reserva de ley, estaba obligado a respetar las leyes, por lo que podía identificarse el principio de legalidad con la reserva de ley. En cambio ahora, la Administración necesita que una ley le habilite para actuar y todas sus actuaciones deberán tener una base legal (ley u otras normas jurídicas), por lo que la definición, alcance y extensión de esa base legal es objeto de debate doctrinal⁷⁴⁷.

Según la interpretación del principio de legalidad en sentido **estricto**, se entiende que todos los actos de la Administración pública deben poder referirse directamente a la Constitución o a una ley formal. Es decir que todo acto se debe basar en una ley, conforme a la que se dictará (reserva de la ley) y que este acto del ejecutivo no podrá violar otras leyes (primacía de la ley), de manera que no cabe que una disposición que autorice algo lo haga en contradicción con otras disposiciones a no ser que lo haga para reemplazarla o modificarlas. Para la Administración significa que toda intervención que pretenda en el área de los derechos y libertades de los ciudadanos, necesita autorización legal, incluidos los reglamentos independientes, en el sentido de que también estos deberán estar sujetos al bloque de la legalidad.

Frente a este concepto estricto del principio de legalidad está el bloque doctrinal que concibe el principio de legalidad con un contenido más **amplio**, entendiéndolo como “juridicidad”, es decir, que la necesidad de una norma previa habilitante no implica que esta haya de ser necesariamente una ley, pudiendo tratarse también de reglamentos, de manera que si hay reserva de ley, la Administración necesitará la habilitación parlamentaria, pero si no hay reserva, también necesitará una habilitación, aunque sea de rango reglamentario; porque si no hay habilitación, no hay licitud en la actividad administrativa, ya que la reserva de ley es una parte del principio de legalidad. Lo que el principio de

⁷⁴⁷ Ambos términos, principio de legalidad y reserva de ley, coexisten e inciden sobre la misma materia y sin embargo ha prevalecido el primero, según Lasagabaster, porque los conceptos de procedencia son distintos para ambos, la reserva de ley se construyó (por Otto Mayer) para explicar las relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo, en tanto que el principio de legalidad es un concepto del parlamentarismo clásico. LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p.176.

juridicidad pretende es evitar que la Administración persiga libremente sus fines y que pueda enjuiciarse su actuación en todo caso, por referencia a las normas que vinculan su actuación, en un sometimiento global al ordenamiento jurídico. Para la Administración significa que esta debe desempeñar todas sus funciones conforme a derecho, es decir que la competencia de todos los órganos se apoyará en la ley o norma jurídica⁷⁴⁸.

El principio de legalidad se encuentra en varias partes del texto constitucional de 1978, como el Preámbulo, el Artículo 103.1 (“con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”), Artículo 9.3 (“garantiza el principio de legalidad”) y Artículos 97 y 106.1 CE. Por lo que el reconocimiento de tal principio es explícito, el problema es que se hace con cierta ambigüedad, porque al referirlo a “la ley y al Derecho”, hace difusa la referencia estricta a la ley, ampliándolo a otras formas acogidas bajo la denominación “Derecho”. Por lo que es necesario recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia para aclarar la cuestión.

En cuanto a la incidencia de las RdSE sobre el principio de legalidad, es claro que le afectan por la dificultad que entraña el someter al ordenamiento jurídico ciertas relaciones, en las que las personas sujetas tienen en cuestión la eficacia plena de sus derechos fundamentales o la tutela judicial efectiva.

En la práctica, las RdSE afectan a la reserva de ley, porque de la jurisprudencia del Tribunal Supremo “se deduce con claridad que las RdSE se utilizan como instrumento reductor del alcance de la reserva de ley, entendida esta bien como título de atribución de una potestad o como límite y marco del ejercicio de esa potestad”⁷⁴⁹.

4.1.4. a. Reglamento y potestad reglamentaria.

⁷⁴⁸ Lasagabaster opina que la doctrina que defiende la igualdad entre reserva de ley y principio de legalidad (como Garrorena Morales), se basa en un concepto de principio de legalidad como vinculación a la ley, que no comparte por considerar que el principio de legalidad va más allá, puesto que “pretende el sometimiento de la actuación de la Administración a habilitaciones legales y al Derecho”, habilitación que no tiene que proceder necesariamente del Parlamento, sino que también puede ser dictada por el Gobierno. LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p.177.

Gallego estima que el concepto “reserva de ley” puede ser útil, entendido como un conjunto de normas jurídicas, ya que en un planteamiento inicial y genérico, puede advertirse un dilema entre eficacia administrativa con merma de los derechos individuales y libertades o el escrupuloso respeto de estas e ineficacia administrativa, por lo que será necesario buscar un punto de equilibrio entre ambos extremos. GALLEGO ANABITARTE, A.: “Las relaciones especiales de sujeción...”, cit. p.30.

Aunque lo común es llamar reglamento a las normas que proceden del poder ejecutivo, esta idea de reglamento como subordinado y complementario de la ley es una simplificación incompleta e inexacta, porque bajo esta denominación se agrupan normas de diversa procedencia, como los reglamentos generados en las Comunidades Autónomas, o los que regulan el régimen y gobierno de altos organismos del Estado, como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial, o los de las corporaciones locales, los colegios profesionales y las universidades.

Las modalidades de la norma reglamentaria pueden encuadrarse en dos grandes áreas, la del derecho reglamentario y la del **derecho estatutario**, que comprende aquellas normas cuya función principal es fijar las reglas básicas para la organización y gobierno de los organismos o entes que regula, normas que actúan hacia el interior de estos y no hacia el exterior, por lo que ese derecho estatutario puede considerarse autónomo en la medida que solo incide directamente en el ámbito interno del órgano o ente con capacidad estatutaria que lo ha generado.

En cambio, los reglamentos encuadrados en el **derecho reglamentario**, sí están vinculados en su producción a la potestad reglamentaria que está atribuida al Gobierno por el Artículo 97 CE, que la ejerce “de acuerdo con la Constitución y las leyes”. A este respecto se ha discutido si esta atribución corresponde al Gobierno como órgano colegiado o si es posible atribuirle al Presidente o a los Ministros por separado.

Desde el punto de vista estrictamente constitucional, la potestad reglamentaria originaria está atribuida al Gobierno, según la letra del Artículo 97 CE, pero en este también se especifica que su ejercicio se hará de acuerdo con la Constitución y las leyes, de lo que deducimos que si no hay habilitación legal expresa, la potestad solo corresponderá al Gobierno. Este ejercicio conforme a las leyes, está basado en las atribuciones competenciales que para el Presidente y los Ministros establece la vigente Ley 50/1997 de 27 noviembre, del Gobierno, que se refiere a los aspectos orgánicos, procedimentales o funcionales del

⁷⁴⁹ LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p.185.

Gobierno y además sirve para precisar y desarrollar las concretas remisiones normativas del texto constitucional⁷⁵⁰.

El Gobierno goza de garantía institucional y “la potestad legislativa puede y debe operar autónomamente siempre y cuando no lleguen a infringirse principios o normas constitucionales”⁷⁵¹. En cuanto a la potestad reglamentaria, su ejercicio le corresponde “de acuerdo con la Constitución y las Leyes” y los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración respecto a la ley, los reglamentos no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, ni establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público. Por otra parte la potestad reglamentaria y el procedimiento de elaboración de los reglamentos se rigen por los principios de jerarquía y competencia⁷⁵².

Estando clara la existencia de un reconocimiento legal de la potestad reglamentaria tanto al Presidente como a los Ministros, aún surge la cuestión de determinar el **alcance** de esta, es decir si estará dirigida solo al ámbito interno (visión estatutaria) o al externo. Aunque el criterio diferenciador no habrá que buscarlo en los ámbitos de actuación del reglamento, sino más bien en la distinción entre los reglamentos habilitados y los paralegales o independientes⁷⁵³.

⁷⁵⁰“Tres principios configuran el funcionamiento del Gobierno: El principio de dirección presidencial, que otorga al Presidente del Gobierno la competencia para determinar las directrices políticas que deberá seguir el Gobierno y cada uno de los Departamentos, la colegialidad y consecuente responsabilidad solidaria de sus miembros; y, por último, el principio departamental que otorga al titular de cada Departamento una amplia autonomía y responsabilidad en el ámbito de su respectiva gestión”. (Exposición de motivos Ley 50/1997).

En cuanto a la posición de los miembros del Gobierno, es clara la importancia del Presidente, fundada en el principio de dirección presidencial, en línea con lo que es habitual en el ámbito comparado, en el que existe práctica unanimidad en cuanto a la existencia de un evidente desequilibrio institucionalizado entre la posición de supremacía del Presidente y la de los otros miembros del Gobierno. Su función es dirigir la acción del Gobierno y coordinar las funciones de sus miembros, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de los Ministros en su gestión. (Véase Artículo 2, Ley 50/97 de 27 noviembre).

⁷⁵¹ Exposición de motivos, Ley 50/1997 de 27 noviembre.

⁷⁵² Véase Artículo 23, Ley 50/97 de 27 noviembre.

⁷⁵³ El Tribunal Constitucional considera que el Gobierno puede delegar el ejercicio de su potestad reglamentaria, de manera que los ministros podrán dictar reglamentos ejecutivos de las leyes cuando sean habilitados para ello. En este sentido, véase la STC 13/1988 de 4 febrero, FJ 4: “...procede [...] rechazar el argumento según el cual la potestad reglamentaria corresponde exclusivamente al Gobierno, sin que este pueda a su vez conferirla validamente a otros órganos diferentes, toda vez que la potestad reglamentaria, por ser originaria (art. 97 C.E.) no excluye la posibilidad de delegaciones singulares”.

Por otra parte, parece que la capacidad de los ministros para incidir en el régimen funcional se presume mayor de la que existe en realidad, porque “en materia funcional es cada vez mas

Pese al carácter originario de la potestad reglamentaria, está sujeta al principio de legalidad y la normativa que genere esta potestad estará igualmente sujeta a la ley. En cuanto a la extensión de la potestad reglamentaria, si interpretamos el Artículo 97 CE en el sentido de que el reglamento siempre necesitará una habilitación legal, decae la potestad originaria que el mismo Artículo atribuye al Gobierno, lo que sería una interpretación del Artículo no congruente con el texto de la Constitución que ha hecho una atribución expresa. Por tanto habrá que considerar la potestad reglamentaria como “un poder normativo, sometido incondicionalmente a la ley desde el punto de vista de su intensidad, pero abierto a las posibilidades de regulación social que no estén prohibidas ni por la Constitución ni por la ley”⁷⁵⁴.

En definitiva, la ley ha perdido parte de su utilidad para frenar la acción arbitraria de la Administración, siendo ahora la jurisdicción el freno más eficaz frente a ese poder normativo manifestado en la potestad reglamentaria.

Es posible el ejercicio de un poder reglamentario independiente de la ley, si la ley lo permite, y su extensión no solo estará delimitada por la ley sino por las reservas específicas previstas en la Constitución.

4.1.4. b. Tipos de reglamentos.

La diversidad de reglamentos de la antigua doble legitimidad, fue el caldo de cultivo donde nacieron las RdSE⁷⁵⁵. En aquel contexto de diferentes reglamentos (jurídicos y administrativos) nació el concepto de relaciones de

difícil encontrar un ámbito de actuación ministerial que no esté ya establecido en la normativa en vigor”. LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p. 339. Incluso existen RdSE tan estrechas, como el caso de los militares, en cuyo régimen jurídico predominan las normas con rango de ley.

⁷⁵⁴ BALAGUER CALLEJON, Francisco: *Manual de derecho constitucional. Volumen I*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa; Montilla Martos, José Antonio. Tecnos (2ª edición), Madrid, 2007, p.177.

⁷⁵⁵ En el derecho alemán se distinguía entre reglamentos jurídicos o con efectos externos, que como podían afectar a los derechos fundamentales de los ciudadanos necesitaban de habilitación legal previa para dictarlos, y reglamentos administrativos o de organización, de efectos internos en la esfera de la Administración dentro de la que esta actuaba libremente, por los que se regulaban las RdSE sin necesidad de respetar los derechos fundamentales ni la reserva de ley y sin sujeción al control jurisdiccional. Véase en GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. pp.190-191.

sujeción especial, que se desarrollaron en la esfera interna del Estado, donde la Administración actuaba libremente y ajena al control de los tribunales.

Según el punto de vista, pueden distinguirse varias clases de reglamentos. Así, según su procedencia formal, los habrá estatales o autonómicos; según sus efectos, serán jurídicos o propiamente normativos y administrativos o de organización; según su relación con la ley, se clasificarán en ejecutivos, independientes y de necesidad⁷⁵⁶.

Los reglamentos **independientes** también se denominan **paralegales**, por dictarse en ausencia de ley que regule la materia (*praeter legem*). Aunque con frecuencia se emplean indistintamente, reglamento independiente no es lo mismo que reglamento **autónomo**, que es el propio del derecho estatutario y son los dictados por la Administración en el ámbito que le ha sido reservado, bien por la Constitución o por normas de rango legal. Lo característico del reglamento independiente o paralegal es que se dicta en ámbitos carentes de normativa legal, pero como su legitimidad siempre estará referida a la ley, en este caso inexistente, se apoyará en la no contravención de las leyes existentes, por lo que la independencia no puede entenderse en el sentido propio de la palabra, puesto que su validez está referida al bloque de legalidad por falta de regulación legal concreta aplicable. Así que, no son independientes, sino normas paralegales que actúan fuera del ámbito material reservado a la ley, cumpliendo una importante función integradora de los vacíos normativos⁷⁵⁷.

Estos reglamentos paralegales actúan tanto en el ámbito interno de la Administración como en el externo, entre las relaciones de sujeción especial y las de sujeción general,

“...porque la Constitución ha roto totalmente esa línea divisoria, sometiendo a reserva de ley aquellas cuestiones que tradicionalmente se consideraban inscritas dentro de la esfera de auto disposición interna de la Administración, incluidas las relaciones de sujeción especial (así, en los artículos 27, 30.2 o 103.2 y 3 CE). Es el sistema de reservas de ley establecido en la Constitución lo que marca hoy la frontera entre el posible

⁷⁵⁶ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo (Tomo I)*, cit. pp.221-234.

⁷⁵⁷ Entenderemos por reglamentos independientes, “... aquellos dictados por la Administración en materias no sometidas a reserva de ley, sin necesidad de habilitación previa, pudiendo la ley regular esa materia cuando lo considere conveniente, regulación que desplazaría la reglamentaria, en aplicación del principio de primacía de la ley, expresión del de jerarquía”. LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p.234.

reglamento paralegal y el reglamento habilitado. El reglamento paralegal no puede quedar habilitado porque la materia versa sobre las tradicionalmente denominadas *relaciones de sujeción especial* en el ámbito de las reservas de ley, y al mismo tiempo, no necesita ser habilitado fuera de ese ámbito”⁷⁵⁸.

Los autores que defienden un principio estricto de reserva de ley, niegan la potestad reglamentaria independiente, porque reconocer su existencia choca con la concepción estricta del principio de legalidad, ya que supone reconocer al ejecutivo la potestad de dictar una norma que puede a su vez habilitar otras potestades administrativas. Para estos autores, la existencia y aceptación de los reglamentos independientes es algo impuesto por la realidad, porque la potestad reglamentaria independiente constituye el negativo de la reserva de ley y además, por definición, no tiene un ámbito acotado. Naturalmente, el reglamento independiente encaja bien entre los que entienden el principio de legalidad como de juridicidad acotado⁷⁵⁹.

Uno de los campos de actuación más característicos del reglamento independiente ha sido el de la organización administrativa, cuando no estaba cubierto por la reserva de ley, de tal manera que aún hoy, pese al Artículo 103.2 CE (reserva de ley), a la Administración le puede resultar útil dictar normas administrativas sin la necesaria habilitación, porque no habiendo ámbitos de actuación reservados a los reglamentos, una de las utilidades de los independientes es la facilidad que ofrecen al Gobierno para regular diversas actividades de especial complejidad o dificultad técnica⁷⁶⁰.

Los reglamentos **ejecutivos** son normas que colaboran con la ley en la regulación de una determinada materia. La denominación de ejecutivos no se corresponde plenamente con la realidad, puesto que la suya no es una función

⁷⁵⁸ BALAGUER CALLEJON, F.: *Manual de derecho constitucional. Volumen I*. 2007, cit. p.186.

⁷⁵⁹ Una importante diferencia formal de los reglamentos independientes respecto a los ejecutivos es que, a diferencia de estos, no necesitan el dictamen preceptivo del Consejo de Estado, cuyo incumplimiento supone la nulidad de pleno derecho.

⁷⁶⁰ En base a la potestad autoorganizativa del Gobierno (Artículo 97 CE), la Administración podrá dotarse de reglamentos independientes, que no podrán dictarse con carácter general por la limitación del Artículo 103.1 CE, pero que son útiles en el ámbito organizativo, de prestación y en el de las RdSE, con el inconveniente de la frecuente coincidencia del primero y último citados. En la distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes, los primeros valen para regular las RdSE, pero los segundos son idóneos, con el peligro frecuentemente manifestado de que por su medio se afecten a los derechos fundamentales. Véase en GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. p.192.

puramente mecánica, sino complementaria, dentro del marco legal para conseguir una regulación completa y plenamente operativa de la materia que se trate. Así que la calidad ejecutiva hay que situarla en un contexto más amplio, comprensivo de aquellos reglamentos que resultan de una previa habilitación legal, incluidos los supuestos de deslegalización.

Los reglamentos de **necesidad**, se dictan partiendo de unas previsiones habilitantes contenidas en el ordenamiento, para el caso de darse circunstancias que requieran una acción normativa oportuna amparada en un estado de necesidad. Son normas no amparadas por una habilitación legal previa, pero en cualquier caso no podrán ser contrarios al ordenamiento. Su nota distintiva es también la provisionalidad, ya que su vigencia cesa en el momento en que falten las circunstancias extraordinarias que los justificaron, sin necesidad de una derogación expresa⁷⁶¹.

4.1. 5. RELACIONES ENTRE LEY Y REGLAMENTO.

Los principios que presiden las relaciones entre ley y reglamento son los de primacía de la ley y de reserva de ley (material y formal).

4.1. 5.a. La primacía de la ley.

Aunque esta primacía no se discute, existen ciertos matices que conviene subrayar.

La Constitución de 1978 es clara y afirma este principio de primacía en su preámbulo, Artículo 103.1 (sometimiento pleno a la ley) y Artículo 9.3 (jerarquía normativa). Además, el Artículo 106.1 CE reconoce competencia a los tribunales para controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa.

La prioridad de la ley, como expresión de la voluntad general, sobre el reglamento, que es expresión de la voluntad subalterna de la Administración, es un principio básico. Esta prioridad formal en razón de la fuente de legitimidad se

⁷⁶¹ Los bandos militares entrarían aquí. (Artículo 34. Ley Orgánica 4/1981, de 1 junio, de los estados de alarma, excepción y sitio).

traduce en otro principio, el de jerarquía normativa, que supone la absoluta subordinación del reglamento a la ley. “El Reglamento complementa la Ley, pero no puede ni derogarla ni suplirla, ni menos aún limitarla o excluirla. La Ley frente al Reglamento, a su vez, no tiene límites de actuación funcionalizables”⁷⁶².

La **primacía** de la ley **se ha fundamentado** sobre la base de la legitimación directa con que está revestido el Parlamento, pero no obstante la legitimación democrática más débil o indirecta que reviste el Ejecutivo, lo cierto es que este también tiene cierto grado de autonomía.

La relación entre **legitimación democrática** y capacidad de decisión incide a su vez en cómo se relaciona la Constitución con la ley y esta con el reglamento, ya que por su legitimación democrática directa, siempre dentro de los límites que fije el propio texto constitucional, el legislador tiene plena capacidad de decisión, lo que comprende la posibilidad de interpretar aquellas cuestiones que la Constitución ha dejado abiertas, así como la modificación o derogación de cualquier norma. La razón de esta libertad del legislador, mientras no contradiga la Constitución, hay que buscarla en el sustrato político sobre el que descansa toda Constitución, cuya finalidad es ordenar la sociedad desde el punto de vista jurídico-político, por lo que deliberada y necesariamente contendrá imprecisiones y ambigüedades, o dicho de otro modo, deberá tener alguna flexibilidad.

En la misma línea argumental, la ley, en cuanto aprobada por las Cortes (mayoría mas minorías) está legitimada directamente por la voluntad popular, mientras que el reglamento, aprobado por el Gobierno (de la mayoría parlamentaria) está en relación de subordinación respecto a aquella y con menor campo de acción, por lo que la relación ley-reglamento resulta desigual, ya que este suele tener una función subordinada y utilitaria respecto a aquella.

Modernamente, ha sido una cuestión de interés la del **valor normativo** de la Constitución, la Constitución como norma. La diferenciación entre poder constituyente y poder constituido implica un cambio en el concepto de ley, que ya no va a ser solo la expresión de poder del Parlamento imponible sobre cualquier disposición, que lo podía todo como legislador ordinario, sino que ahora va a existir una norma suprema, la Constitución, que está sobre esa voluntad

⁷⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo (Tomo I)*, cit. p.256.

parlamentaria, hasta entonces ilimitada. Así, el clásico concepto de ley como cualquier decisión procedente del poder legislativo, adoptada en forma legislativa, ya no puede mantenerse conforme a la CE, por que lo ilimitado del poder se sitúa y agota en la norma constitucional, la Constitución, pero no en las derivadas, que deben respetarla, como normas inferiores y sancionadas con nulidad en caso de contradecirla, mediante instancia al Tribunal Constitucional para que así lo declare.

“Así, el principio de legalidad, expresado a través de la primacía de la ley, no solo afecta a la relación entre ley y reglamento, sino también a la relación entre reglamento y Constitución. La Constitución se aplica a través de la ley (solo excepcionalmente por medio del reglamento paralegal). El reglamento tiene como finalidad básica la aplicación de la ley, porque es a través de la ley como aplica la Constitución. Solo excepcionalmente, cuando el reglamento intervenga como norma paralegal, su vinculación a la Constitución podrá ser inmediata, sin que esté directamente ordenado a la ley (aunque sí, sin duda, al bloque de legalidad vigente)”⁷⁶³.

La ley puede condicionar la intensidad y extensión de la potestad reglamentaria, fijando el marco de actuación dentro del cuál puede desenvolverse con libertad, por lo que los límites del reglamento son más estrechos que los impuestos al legislador al aplicar la Constitución.

En cualquier caso, actualmente no es posible defender la idea de la exigencia imprescindible de una ley previa para que intervenga el reglamento, porque esta vinculación positiva entre ley y reglamento equivaldría a una reserva total de ley.

4.1. 5.b. **La reserva de ley.**

El concepto de reserva de ley es **anterior** a la implantación de la división de poderes y tiene precedentes en las asambleas medievales, pero se plantea de nuevo en el siglo XIX al coexistir dos fuentes del derecho del Estado, el Parlamento que elabora leyes y el Ejecutivo que emite reglamentos (principio monárquico). Esta dualidad de normas se ordenaba mediante el criterio formal de supremacía de la ley, complementado con la reserva de ciertas materias a la ley.

⁷⁶³ BALAGUER CALLEJON, F.: *Manual de derecho constitucional. Volumen I.* 2007, cit. p.184.

La reserva de ley **se creó** desde el ámbito parlamentario para asegurar ciertas materias frente a la acción del poder ejecutivo, asociando el nombre de ley a las decisiones del más alto poder estatal, que por revestir esta forma, gozarían de primacía frente a los demás actos, de modo que lo establecido por ley solo podía ser modificado o derogado por ley. Así, las leyes trataban materias especialmente importantes, estaban ligadas al Estado y la administración de justicia y se protegían con cautelas contra su alteración⁷⁶⁴.

Su finalidad era proteger ciertas materias consideradas esenciales en materia de derechos y libertades, en particular la libertad y la propiedad, cuya regulación se reservaba al legislativo como ámbito exento, como protección frente a la acción del poder ejecutivo, que solo podía actuar normativamente en estas materias reservadas a la ley mediante la necesaria habilitación del legislativo y en los términos fijados por este. Era una facultad del legislativo, que tenía libertad para habilitar a la Administración para normar en estos ámbitos reservados y también era un recurso propio de una estructura dualista con la clara finalidad de tomar las decisiones que afectaban esencialmente a los ciudadanos en sede parlamentaria, como órgano cuya representatividad les era más próxima.

Pero el **tránsito** del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho, exigió ciertas adaptaciones en cuanto a cuáles serían ahora los derechos a proteger, puesto que el nuevo Estado será más intervencionista mediante actuaciones de tipo prestacional, y también en cuanto al fundamento mismo de la reserva de ley, que ya no se entenderá como una barrera frente a un poder ejecutivo hostil, puesto que al proceder ahora de la mayoría parlamentaria, la confrontación será entre mayoría y oposición, no entre legislativo y ejecutivo. Tanto legislativo como ejecutivo poseen legitimación democrática e identidad política, por lo que la plena disposición de la reserva de ley por el legislador la privaría de sentido convirtiéndola más bien en un instrumento opresor que protector.

⁷⁶⁴ Esto está relacionado con la “teoría de la esencialidad” por la que se reconoce la reserva de ley “para adoptar decisiones esenciales para la Comunidad, donde es lógico que el Parlamento decida, no siendo preciso, sin embargo, la habilitación del Parlamento para cualquier tipo de actividad o situación de la Administración. Aquí se estaría ante la concepción de la reserva de ley como reserva al Parlamento, lo que quiere decir que en esas materias no cabe la habilitación del Gobierno, sino que es el mismo Parlamento el que debe adoptar la decisión”. Véase LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p.83.

Por lo que **actualmente**, la reserva de ley se fundamenta en el principio democrático, ya que al representar el Gobierno la mayoría e integrar el Parlamento las minorías, el debate en esta sede permite a las minorías tomar parte en el proceso de producción normativa, integrando opiniones, ampliando o modificando enfoques o simplemente dejando constancia clara de su disconformidad⁷⁶⁵.

La reserva de ley **se refiere** a la materia y no al órgano (Parlamento), salvo en el caso de leyes orgánicas que sí constituyen reserva por razón del órgano y de la materia. Pero también es una reserva de potestad legislativa, puesto que intervendrá siempre en la regulación de las materias reservadas a la ley.

En cuanto al papel que juega la reserva de ley en la **potestad reglamentaria**, actualmente esta es un poder normativo legítimo, sin nada que ver con el uso que de esta potestad pudo hacerse en los primeros tiempos del constitucionalismo histórico. Ahora es un instrumento normativo más y el que la ley remita a un reglamento para su desarrollo no es más que un recurso técnico. La colaboración del reglamento en el desarrollo de las materias reservadas al legislador es un recurso útil en el que ambos poderes (legislativo y reglamentario) interactúan con diversa intensidad, ya que si para el legislativo es importante controlar la materia reservada a la ley mediante la fijación del marco legal de la misma, el reglamentario permitirá dar a conocer al ciudadano cuál será el modo de ejercer sus facultades y cumplir sus obligaciones.

Pero también se advierte la necesidad de **un criterio** para deslindar la **competencia** material del legislativo y el ejecutivo en cuanto a cuales son las materias a regular por ley, es decir, qué actos deben ser promulgados por ley, Para ello se desarrolló el concepto político de ley en sentido **formal**, que es la promulgada con participación preponderante de la representación popular y

⁷⁶⁵ Para explicar el efecto que el principio democrático ejerce sobre las relaciones de sujeción especial, García Macho emplea la relación entre legitimación y voluntad popular, de modo que el órgano que posee la legitimación más fuerte será aquel cuya designación haya sido más directa, más próxima a la expresión de la voluntad popular, que haya sufrido menor manipulación política, es decir, que las decisiones más importantes o esenciales, corresponde tomarlas al Parlamento, como órgano más fuertemente legitimado, por su mayor inmediatez a la voluntad popular. La intensidad de esta legitimidad, así entendida, va decayendo a lo largo del proceso de configuración del aparato de la Administración, es decir la designación de Presidente, Gobierno, altos cargos, etc. De modo que cuanto más lejos de la fuente primigenia de legitimación (el pueblo), menor será la legitimación democrática. GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. pp.171ss.

frente a este concepto, el de ley en sentido **material**, es decir un criterio en razón de su contenido, para el que inicialmente se adoptó el de las materias relativas a la libertad y propiedad en el área anglosajona, pero que pronto resultó insuficiente⁷⁶⁶.

En la concepción jurídica de la doctrina tradicional sobre las **RdSE**, la reserva de ley (sentido material) excluía ciertas **materias** (relacionadas con libertad y propiedad) de la disposición de la Administración, pero no decía nada en cuanto a otras muchas, ni en cuanto a la organización y funcionamiento de detalle de la propia Administración, que quedaba configurada así como un ámbito interno (doméstico) en el que esta tenía un amplio poder de disposición y margen discrecional, que materializaba en normas internas a las que no alcanzaba la reserva de ley, de manera que en este ámbito administrativo interno no regía el principio de legalidad, siendo por tanto de libre disposición por el ejecutivo, sosteniendo así la no vigencia del principio de legalidad en las RdSE. La doctrina apoyaba esta construcción teórica por razones prácticas, porque consideraba que introducir la reserva de ley en las RdSE produciría un desmesurado desarrollo de la legislación, además de la pérdida de agilidad para la adaptación administrativa a las circunstancias concretas de cada caso. También se esgrimían otras razones como las basadas en la teoría del consentimiento, sobre el argumento de la permanencia en estas RdSE por un acto de sumisión voluntario, o sobre la existencia de un derecho consuetudinario, o en que la autorización legal para crear una RdSE implicaba la autorización para intervenir en la libertad y propiedad de los ciudadanos sin base legal explícita.

Pero era lógico pensar que en un Estado de derecho se exigiera que todos los actos del ejecutivo estén respaldados por una autorización legal y que, por la más elemental seguridad jurídica, el individuo pueda saber donde están los

⁷⁶⁶ Véase en STC 35/1982 de 14 junio (FJ 2). En cuanto a los ámbitos de competencia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que "la distinción clásica entre Ley y Reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución) y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y salvo muy contadas excepciones solo puede actuar cuando el primero lo habilita. Esta distinción clásica no es ni puede ser, por definición, criterio de delimitación competencial, pues no hay materia alguna en la que, estando la legislación atribuida al Estado, no pueda ser regulada por el legislador. Cuando la Constitución en su art. 149 utiliza el concepto de legislación como criterio definidor del ámbito en el que las Comunidades Autónomas pueden adquirir competencias propias, tal concepto ha de ser entendido, en consecuencia, en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas".

límites, hasta donde puede entrometerse la Administración en su esfera jurídica privada, por lo que alguna base legal deberá existir para la actuación administrativa, en consonancia con la “imagen de un Estado constitucional justo desarrollándose hacia un Estado de derecho”⁷⁶⁷. Porque la aplicación de los principios informadores del Estado de derecho es un elemento de garantía para el administrado.

“El sometimiento de la Administración a los principios del Estado de Derecho (validez de los derechos fundamentales, principio de legalidad de la Administración y control de la actividad administrativa por los tribunales de lo contencioso) significa que su esfera interna ha sufrido un proceso de juridicidad, lo cual garantiza la seguridad jurídica de los administrados en ese ámbito. Esta es la nueva situación jurídica en que se encuentran inmersas las relaciones de especial sujeción a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978”⁷⁶⁸.

La CE establece **dos reservas de ley** generales, la orgánica del Artículo 81.1 y la ordinaria del Artículo 53.1, con un criterio material justificado en la importancia o esencialidad del tema. Lo que significa que ciertas materias entran de lleno en la potestad reglamentaria del Gobierno (Artículo 97 CE), en particular las materias técnicas, para cuya regulación está más capacitada la Administración, y que le permite elaborar reglamentos independientes, que no se pueden dictar con carácter general pero que tienen su campo de actuación en la esfera organizativa, de las RdSE y de la Administración de prestación. De manera que, aunque en principio no parece posible una reserva a favor del reglamento con carácter general y apriorístico, es innegable que existen materias en las que el Gobierno goza de una amplia potestad de configuración, “que constituyen un contrapeso a la reserva de ley”⁷⁶⁹.

Es preciso determinar el **alcance** de la reserva de ley, es decir, de las materias que le están sometidas, porque dará el negativo de las competencias normativas del poder ejecutivo, marcando el posible alcance de la potestad reglamentaria.

Si se entiende la reserva de ley como **absoluta**, cualquier actuación de la Administración exigiría estar habilitada por una norma en forma de ley, pero

⁷⁶⁷ GALLEGO ANABITARTE, A.: “Las relaciones especiales de sujeción...”, cit. p.30.

⁷⁶⁸ GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. p.203.

⁷⁶⁹ GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. p.188.

parece que esto no tiene por que ser así. En la CE no se establece el concepto y extensión del principio de reserva de ley de manera explícita y no exige expresamente que toda intervención en los derechos y libertades de los ciudadanos haya de habilitarse por una norma con rango de ley, aunque este haya sido el fundamento histórico de la reserva de ley.

“No hay ningún precepto de la Constitución que permita afirmar que toda la actuación administrativa debe de encontrar su justificación en una norma con rango de ley. Procede por tanto analizar el alcance de la reserva de ley en la Constitución de 1978. Según sea la extensión del principio de reserva de ley, así será también la necesidad de habilitación de la actuación administrativa mediante ley”⁷⁷⁰.

Pero la interpretación del Artículo 53.1 CE (“solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial”), ha llevado a **posturas enfrentadas** entre las que destacan dos. Una defiende que de este precepto se deriva la reserva de ley absoluta en cualquier intervención en la libertad y la propiedad, de manera que la Administración no puede intervenir en el ámbito de la libertad individual, es decir, que en estas materias (libertad y propiedad) el reglamento independiente no está admitido en la CE⁷⁷¹. La postura contraria defiende que no es necesaria una norma con rango de ley para intervenir, porque el concepto actual de reserva de ley obedece a una idea muy distinta de aquella que lo originó, según la cual, un órgano no legitimado democráticamente podía intervenir en la libertad y propiedad de los ciudadanos mediante la habilitación otorgada por el Parlamento (órgano de representación popular). Pero en la CE el Gobierno es un órgano legitimado democráticamente, por lo que decae el argumento⁷⁷².

En cualquier caso, parece que debe aceptarse la necesaria validez de la reserva de ley y del principio de legalidad de la Administración en las RdSE, que debe regir en estas como consecuencia de la decisión jurídico-constitucional por el Estado de derecho y, desde luego, las RdSE no configuran ámbito alguno de actividad exenta del sometimiento a normas jurídicas.

⁷⁷⁰ LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p.195.

⁷⁷¹ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo (Tomo II)*, cit. pp. 262-265.

⁷⁷² “Para Otto la reserva significa que la regulación de determinadas materias debe hacerse mediante el ‘procedimiento legislativo’. Esto significa que en esos ámbitos el Parlamento no puede renunciar al ejercicio de su competencia, no puede remitir la regulación a normas reglamentarias. Para impedir esto es por lo que se establece la reserva de ley”. LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. pp.199-200.

La aplicación del principio de legalidad exige que todas las intervenciones en la situación jurídica del individuo tengan como base una **habilitación legal**, cuyo contenido no siempre podrá ser explícito, por lo que es posible que se recurra a una **cláusula general**, que solo estará justificada cuando haya una imposibilidad de regular todos los casos o bien haya de mantenerse la debida elasticidad con el fin de salvaguardar la eficiencia de la Administración, teniendo presente que las intervenciones en la situación jurídica del individuo deben servir a la finalidad objetiva de la RdSE⁷⁷³.

En sentido **formal**, la reserva de ley es resultado de la técnica de la jerarquía normativa, por aplicación del criterio general de que, regulada una materia por ley, su rango queda “congelado” y solo otra ley podrá intervenir posteriormente en ese ámbito material.

La interpretación del principio de **reserva de ley**, más frecuente en la actualidad, la reduce a lo “esencial”, lo que significa reconocer la existencia de una potestad reglamentaria independiente en el ámbito de lo “no esencial”⁷⁷⁴.

4.1.6. LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

Dado que el concepto nació en un contexto preconstitucional y administrativo y que la jurisprudencia las ha seguido utilizando después de 1978, lo lógico es preguntarse si existen relaciones de sujeción especial en la Constitución española de 1978, a quienes afectan y con qué límites.

La entrada en vigor de la Constitución de 1978, removió las bases sobre las que hasta entonces se habían concebido las RdSE, porque ya no había doble legitimidad, sino única, basada en el principio democrático (Artículo 1.2 CE) y en el principio del Estado de derecho (Artículo 1.1 CE) que garantizan los derechos

⁷⁷³ Véase GALLEGU ANABITARTE, A.: “Las relaciones especiales de sujeción...”, cit. p.50.

⁷⁷⁴ “Las RdSE sirven para modelar el alcance del principio de legalidad, no para negar su vigencia. Y lo hacen no por sí mismas, sino en función del ámbito concreto que regulan. La situación del interno en prisión puede condicionar el alcance del principio de legalidad pero no por ser una RdSE, sino por las propias características o peculiaridades de la materia penitenciaria. Esta es la gran virtualidad de la categoría, que la diferencia de su homónima bajo la Constitución de 1871 o de Weimar. Esta interpretación del principio de legalidad plantea otra gran cuestión: la existencia o no de un ámbito reservado a la actividad de la Administración”. Véase LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. pp.137-139.

fundamentales y la reserva de ley, por lo que solo existirían las RdSE que la Constitución permitiera, de manera que el problema planteado era de orden práctico y consistía en reconducir las RdSE ya existentes a los principios constitucionales⁷⁷⁵.

Entre otros, el legislador constitucional ha contemplado el caso de los **militares**, las bases de cuya RdSE están sentadas en los Artículos 8,15, 25.3, 26, 28.1, 29.2, 70.1, 97 y 117.5 CE. En todos los casos se plantea una posición de especial dependencia de la persona frente a la Administración, marcada por la impresión de que el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales que es natural en una posición general, supone un cierto obstáculo para el adecuado cumplimiento de los fines de la Administración y sus actuaciones necesarias para ello. En esta confrontación se advierte la presencia de un interés público cualificado, que es un bien digno de amparo constitucional y de protección legal, cuya salvaguardia y eficacia genera ciertas restricciones de derechos y libertades así como deberes específicos en razón del *estatus* del ciudadano afectado.

Toda RdSE está sustentada por unos fines o intereses, que son bienes constitucionalmente protegidos. En el caso de los presos, es la efectividad del *ius puniendi* del Estado, en el de los funcionarios, los fines que ha de servir la Administración expresados en el Artículo 103.1 CE. En el caso del militar de carrera, la RdSE en que se incardina está configurada por los fines-misiones de las Fuerzas Armadas según el Artículo 8.1 CE, es decir, la garantía de la soberanía e independencia de España y la defensa de su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

“Tales fines determinan la necesidad de que la ley regule los derechos y libertades de los militares modulándolos en ciertos casos en atención a las especiales características del servicio y a las reglas de disciplina y

⁷⁷⁵ Lasagabaster es crítico con la construcción de García Macho, que restringe las categorías de RdSE a los supuestos expresamente previstos en el texto constitucional (Artículos 25.2; 28.1; 103.3; 28.2; 29.2; 127; 159.4 CE) al considerar que admitir otros supuestos fuera de estos supone vulnerar principios esenciales del Estado de Derecho.

La crítica se hace desde dentro, ya que García Macho incluye a los estudiantes entre las categorías de RdSE, cuando el hecho es que la CE, no les fija limitación alguna. En cambio sí cita a los miembros de los colegios profesionales, por lo que no es sostenible fijar la convivencia como característica, porque esto extendería la categoría a hospitales y anularía las diferencias entre personal funcionario y laboral en el seno de la Administración. Ni tan siquiera cabe ceñirse a las RdSE previstas constitucionalmente, porque existen limitaciones que el texto constitucional no cita. Hay otros supuestos de limitaciones previstas constitucionalmente y que, en cambio, no se consideran RdSE (ej: extranjeros, parlamentarios, defensor del pueblo, altos cargos,...). Véase LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. pp.161-162.

jerarquía que caracterizan la eficacia en la actuación de las Fuerzas Armadas”⁷⁷⁶.

Pero el carácter inderogable de los derechos y libertades fundamentales y el principio de búsqueda progresiva de su efectividad, propios de su naturaleza, exige que ese *estatus* especial en que se halla el ciudadano en las situaciones mencionadas, deba ser perfilado por normas legales, que delimiten, limiten o restrinjan el régimen de los derechos que resulten afectados y la manera en que se apartarán del régimen común, siempre en razón de la necesidad de atender los fines de la Administración en los ámbitos afectados.

La búsqueda de eficacia de los derechos fundamentales está reflejada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en el caso de los militares, ha manifestado en varias ocasiones, con motivo de la aplicación de su régimen disciplinario, que la eficacia inmediata no excluye conseguir la tutela efectiva⁷⁷⁷.

"La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «relación de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas solo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria

⁷⁷⁶ “Es de destacar, en este sentido, que el militar esté obligado a respetar el principio de neutralidad política, debiendo abstenerse de realizar actividades políticas o sindicales, por lo que no puede ejercer el derecho de sindicación dentro de los ejércitos ni el derecho de huelga ni otras acciones colectivas de carácter reivindicativo”. Véase en CÁMARA VILLAR, G.: "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales", cit. p.125.

⁷⁷⁷ Véase STC 21/1981 de 15 de junio, en la que el Tribunal reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar, que habilita a la Administración militar para imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, según se deduce «a sensu contrario» del artículo 25.3 CE, al tiempo que se recuerda que no existe una referencia explícita a esta materia en los Pactos y Convenios Internacionales y que el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar, gozando en la materia de un cierto margen de apreciación. No obstante, los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico. Sistema de valores que debe incorporar el régimen disciplinario militar, de manera que en los casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento seguido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa.

También, STC 235/1998 de 14 diciembre. El Tribunal viene señalando, desde la STC 35/1995, que el acceso a los recursos tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción. Cuando se trata de acceso a la jurisdicción, resulta plenamente aplicable el principio «pro actione» que impone «la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican».

militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales [...], para que dicha acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita al inculcado ejercitar plenamente su derecho a la defensa". (STC 21/1981, FJ 15).

Los casos identificados en la CE son los únicos a tener en cuenta como RdSE en sentido propio, a los efectos de restricción de derechos fundamentales, por lo que el concepto RdSE no es aplicable a otros supuestos que por relajación de la exigencia de predeterminación legal para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración se tomaron por tales (autotaxis, colegios profesionales o concesiones), que son susceptibles de de ser incluidos y tratados en el marco de las relaciones o situaciones generales de sujeción, más aún cuando la experiencia jurisprudencial demuestra que su aplicación puede ser un peligro para el Estado de Derecho.

En conclusión, los *estatus* especiales o relaciones de sujeción especial, están real, explícita o implícitamente en la Constitución. El problema es que no constituyen una categoría unitaria y que en cualquier definición que se formule pesarán más los aspectos descriptivos, puesto que la distinción entre ellas es de orden funcional⁷⁷⁸.

Si existen las RdSE habrá que garantizarlas respetando las peculiaridades que presenten. El Tribunal Constitucional, aún reconociendo su imprecisión, las ha ido empleando como el marco en el que se dan determinadas medidas, legislativas o administrativas, limitadoras o restrictivas para el ejercicio de derechos y libertades fundamentales. Pero el problema es justamente fijar los límites de ese marco dentro del cual es legítimo restringir derechos y libertades fundamentales, precisamente para garantizar su efectividad, sin por ello relativizar los principios constitucionales⁷⁷⁹.

⁷⁷⁸ Cámara Villar estima acertada la definición que da López Benítez de las RdSE. Véase CÁMARA VILLAR, G.: "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales", cit. p.134.

⁷⁷⁹ Véase STC 61/1990 de 29 marzo. Se reafirma el principio (STC 18/1981) de que la regulación de las sanciones administrativas ha de estar inspirada en los principios propios y característicos del Derecho Penal (doctrina también del TS y del TEDH). Siempre es exigible en el campo sancionador administrativo (y por supuesto en el penal) el cumplimiento de los requisitos

Desde la actual Constitución de 1978, se identifican algunos puntos básicos para la aplicación de las RdSE, ya que hay un principio legitimador democrático (Artículo 1.1 CE) y esto ya supone la ruptura con su tratamiento histórico.

En el nivel constitucional, la restricción explícita de derechos fundamentales para algunos colectivos, significa que se diferencia entre **relaciones de base** o personal y relación de **funcionamiento**, de servicio o instrumental y que esta distinción habrá que delimitarla en las leyes de desarrollo⁷⁸⁰.

La materia de las relaciones de **base** no esta disponible para la Administración con sus potestades domesticas, sino con base en la ley. Por

constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano.

Fundamento Jurídico 7: "...La doctrina de este Tribunal -con las matizaciones impuestas por los casos concretos decididos- es reiterada y explícita. Partiendo del principio (STC 18/1981) de que la regulación de las sanciones administrativas ha de estar inspirada en los principios propios y característicos del Derecho Penal (doctrina también del T.S. y del TEDH), en ya numerosas Sentencias se ha declarado -dado que el principio de legalidad del art. 25.1 se traduce en un derecho subjetivo de carácter fundamental, SSTC 77/1983 y 3/1988- que dicho principio comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal, interpretando así los términos «legislación vigente» del art. 25.1 de la C.E., sin admitir, salvo casos o hipótesis de normas preconstitucionales, la remisión al Reglamento (SSTC 8/1981, 159/1986, 2/1987, 42/1987, 133/1987, 3/1988, 101/1988, 29/1989, 69/1989, 150/1989 y 219/1989)"

Fundamento Jurídico 8: "...La insistencia del Abogado del Estado en la peculiar relación del recurrente con la Administración para entender relativizado el requisito de la cobertura por Ley no es, por otra parte, convincente, pese a su loable esfuerzo dialéctico. Una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación -nunca supresión- a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción. A un supuesto de máxima intensidad se refería, por ejemplo, la STC 2/1987 (situación de preso), que admitió la normación reglamentaria en castigos, bien que en relación con la Ley (General Penitenciaria) que establecía las previsiones generales".

⁷⁸⁰ "Está reconocido, por una parte, el derecho de reunión a los funcionarios (relación de base), pero se establecen, por otra parte, restricciones (comunicar por escrito su celebración con cuarenta y ocho horas de antelación...) en su ejercicio en el lugar de trabajo sobre el supuesto de

afectar a la esfera de la libertad individual, en estas relaciones de base solo se pueden restringir derechos fundamentales mediante ley que deberá respetar su contenido esencial, por exigirlo así los fines e intereses del servicio de la Administración, de una manera fundada y razonable y solo en lo estrictamente necesario. En consecuencia, en la regulación de los aspectos básicos de la relación de sujeción especial (constitución, modificación, extinción,...) han de observarse las reglas de proporcionalidad y adecuación a los fines perseguidos, en todo lo que afecte a derechos y libertades fundamentales⁷⁸¹.

En las relaciones de **funcionamiento** o instrumentales, es posible reconocer a la Administración una libertad de disposición mediante sus reglamentos organizativos. En estas relaciones de funcionamiento debe garantizarse la actividad normal y cotidiana de la organización y, solo cuando sea necesario para esto, prevalecerá el interés general sobre los derechos, en situaciones que deben estar justificadas. Estas relaciones presentan una casuística compleja e imprevisible a veces, por lo que partiendo de las cláusulas generales que fije el legislador, podrán regularse incluso por reglamentos ejecutivos, sin que esta circunstancia pueda impedir el acceso a la tutela judicial efectiva cuando se estimen vulnerados derechos fundamentales. Es en los aspectos de funcionamiento donde en la práctica suele afectarse el mayor valor de los derechos fundamentales, ante la dificultad de una regulación minuciosa y precisa para su protección, y es en este segmento relacional donde realmente peligran los derechos y libertades del ciudadano inserto en una RdSE frente al aparato seguro y expansivo de los poderes públicos, que le presionan conculcando sus derechos y libertades, soslayando en beneficio de sus fines los principios de proporcionalidad o de igualdad y extendiendo esta actitud incluso más allá de su ámbito objetivo de competencia.

A la entrada en vigor de la vigente Constitución, lo lógico era abrir un proceso revisionista y reduccionista para ajustar las RdSE existentes a los

una relación de funcionamiento". GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. p.237.

⁷⁸¹ En el caso de los soldados, ya la sentencia Engel dejó claro que el fijar con nitidez las obligaciones y en razón de qué se imponen, es una garantía a favor de la seguridad jurídica del administrado. Así, "...las restricciones de libertad deben circunscribirse a los objetivos militares, manifestados en el funcionamiento cotidiano de las Fuerzas Armadas" (TEDH. Sentencia Engel 8 junio 1976, párrafo 57).

términos constitucionales⁷⁸². Pero la fuerte inercia del pasado obligó a adoptar un **periodo de transición** para esta adaptación, no exenta de dificultades para el legislador y la jurisprudencia porque, en el régimen político anterior, además de no existir división de poderes, se permitía la utilización de reglamentos autónomos. Por otra parte, la adaptación de esta situación al nuevo contexto constitucional necesitaba tiempo, además de ser una exigencia práctica, porque la aplicación inmediata de la CE habría paralizado de hecho el funcionamiento administrativo, y esto colisionaba también con el interés general⁷⁸³.

Resumiendo, parece claro que la Constitución reconoce ciertas RdSE o *estatus* especiales, únicas a las que podrá aplicarse este concepto y lo hace admitiendo restricciones en el ejercicio de algunos derechos fundamentales de ciertos grupos de ciudadanos, restricciones que solo pueden llegar hasta donde sea estrictamente necesario para el buen funcionamiento de la Administración. Este reconocimiento constitucional será la base para ajustar los límites de las RdSE, de manera que si se reconoce a los funcionarios el derecho de sindicación (Artículos 28.1 y 103.3 CE) significa que existe un derecho indiscutible, pero también que por estar vinculados estos funcionarios a una RdSE el derecho tendrá ciertas limitaciones.

El acuerdo de intervención restrictiva de derechos fundamentales en la esfera de los sujetos de una RdSE, ha de estar suficientemente motivado y con atención a la duración de la medida. Medida que ha de ser proporcional en cuanto a su idoneidad o adecuación al fin propuesto, necesidad o posibilidad de recurrir a otro medio menos gravoso y ponderación entre beneficios y ventajas, en lo que se ha llamado los **tres juicios de la proporcionalidad**, es decir, idoneidad de la

⁷⁸² García Macho se plantea la inquietante cuestión de la posible insuficiencia de la relación general de sujeción para el eficaz funcionamiento de la Administración y de la capacidad de esta relación para suplir sin menoscabo la actuación administrativa en las áreas antes cubiertas por las relaciones de sujeción especial. Concluyendo que la relación general podrá fijar los rasgos básicos o esenciales, pero no descender al detalle y la casuística del día a día. Empeñarse en lo contrario implicaría una notable falta de flexibilidad, incapacidad para actuar con rapidez y, en suma, una notable ineficacia en la acción administrativa. Véase en GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. pp.170-171.

⁷⁸³ Pero también es cierto que el recurso al interés público no puede ser lo habitual para tolerar la restricción de los derechos fundamentales, puesto que debe existir equilibrio entre ambos bienes jurídicos. Estima García Macho (en 1992) que la adaptación se está haciendo paulatinamente, con lentitud, pero que sigue adelante. Comenta diversas sentencias relativas a los universitarios, la policía y otros, que aclaran la falta de viabilidad de una acomodación inmediata de las RdSE existentes al nuevo contexto. Véase GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. p.207.

medida, necesidad de acudir a esta y no a otra menos gravosa, ponderación de ventajas e inconvenientes. Además, la medida ha de ser comunicada inmediatamente tanto a la autoridad judicial como al interesado⁷⁸⁴. Estos criterios configuran un "test" cuya superación es necesaria para justificar la medida restrictiva⁷⁸⁵.

4.1. 7. JURISPRUDENCIA Y RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL.

A la entrada en vigor de la Constitución de 1978, cabía esperar que la jurisprudencia hubiese ido disminuyendo el número de las RdSE, restringiendo

⁷⁸⁴ En la STC 175/1997 de 27 octubre, con apoyo en otras anteriores (SSTC 74/1985, 2/1987, 120 y 137/1990, 11/1991, 57/1994 y 170/1996), se dice que los reclusos adquieren un «status» propio que se configura como una relación de sujeción especial. Esta relación origina un entramado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración Penitenciaria y el recluso que, en todo caso, debe ser entendida en un sentido reductivo, compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales.

Se insiste en la importancia y necesidad de la **motivación suficiente** del acuerdo de intervención, no solo porque ello permite acreditar las razones que justificaron la medida de restricción del derecho sino, además, porque constituye el único medio para constatar que la ya limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un Centro Penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva. De este modo, la falta o insuficiencia de la motivación afecta a la propia justificación del supuesto habilitante para la suspensión o restricción del derecho, en este caso del derecho al secreto de las comunicaciones y, por lo tanto, al propio derecho fundamental. En cuanto al contenido de la motivación, la ya citada STC 170/1996, entre otros aspectos, otorga relevancia a la expresión de la **duración de la medida**.

Estrechamente relacionada con el requisito de la motivación se encuentra la exigencia constitucional de **proporcionalidad** de la medida. La valoración de la proporcionalidad se descompone en **tres juicios**: el de **idoneidad**, sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto; el de **necesidad** o subsidiariedad sobre la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental, y el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la **ponderación** entre los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Otro requisito, aunque extrínseco al propio acto administrativo, es la necesidad legal de su **comunicación inmediata a la autoridad judicial** competente (SSTC 183/1994 y 170/1996), porque en caso contrario sería inexistente el control judicial durante el período que se extiende desde la adopción de la intervención hasta la fecha en que el Juzgado recibiera la comunicación. Es igualmente preciso que la medida de intervención sea **notificada al interno**. (STC 170/1996) [Véase FJ 4].

⁷⁸⁵ *Test* que Cámara Villar considera que tiene su valor en el seno de una RdSE, porque "solo su superación podría justificar suficientemente una medida restrictiva, primero, del legislador, a la hora de regular el ejercicio de los derechos y, eventualmente, en sede de aplicación mediante cualquier resolución o intervención administrativa o judicial, en su caso, limitadora de un derecho. Aunque solo sea por esta circunstancia y por la necesidad de someter el enjuiciamiento constitucional de tales medidas a una consideración estricta, de auténtica *necesidad* y no solo de *aceptabilidad* de las restricciones dentro del marco de las posibilidades que ofrece la Constitución, el mantenimiento del concepto o categoría de los *status* especiales tiene, a mi juicio, un sentido útil y práctico, al margen de sus obvias virtualidades denotativas, por imprecisas que sean". Véase CÁMARA VILLAR, G.: "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales", cit. pp.136-137.

progresivamente su ámbito de actuación⁷⁸⁶. La jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo van tendiendo a recluir las RdSE en sus justos términos constitucionales, potenciando entre otros medios el recurso a técnicas de inspección y control administrativo, para salvaguardar el interés público sin recurrir a las RdSE y evitando ampliar su ámbito.

La **sanción administrativa** es un punto de conflicto sobre el que gira la ampliación jurisprudencial del concepto RdSE, ya que por la reserva de ley del Artículo 25.1 CE los ilícitos administrativos deben tipificarse en la ley. Por lo que partiendo de la plena **validez del principio de legalidad** en el ámbito de las RdSE, no es posible admitir que la aplicación de este se ablande en algunas situaciones concretas, aunque se esgrima la justificación de que la Administración necesita de cierta libertad para sancionar, para cumplir sus fines en su esfera interna.

La STC 18/1981 de 8 junio (FJ 2) establece que los principios que rigen en el Derecho penal lo harán también en el administrativo, aunque con ciertos matices, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, siendo uno de ellos el principio de legalidad en materia sancionadora⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ En cambio, García Macho estima que el Tribunal Supremo no solo no las ha restringido sino que ha ampliado en algún caso el número de colectivos a ellas sometido, dañando así el Estado de Derecho. Véase GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. p.209.

⁷⁸⁷ Véase la STC 18/1981 de 8 junio (FJ 2).

Se trataba de determinar si los actos impugnados (sanción por reunión de un sindicato de funcionarios de Correos) habían infringido el Artículo 24 CE y de concretar si la Administración, después de la Constitución, puede o no imponer a los ciudadanos sanciones «de plano», por razones de orden público, conforme a un Reglamento de 1947, cuando de la denuncia o antecedentes apareciere comprobada la infracción o extralimitación y, además, no exista precepto legal aplicable que exija la incoación de expediente.

A tal efecto, decía la Sentencia, debe partirse de que el Artículo 24 CE contempla el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales y a determinadas garantías de tipo procesal, con especial referencia al orden penal, sin aludir de forma expresa al ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, por lo que es necesario determinar su ámbito, teniendo en cuenta que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental, para lo que ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales.

La conclusión es que la Administración no puede imponer sanciones con ocasión del ejercicio de tales derechos sin observar las garantías de procedimiento antes expuestas. Pues lo contrario incidiría en la esfera misma de tales derechos y libertades, ya que su ejercicio puede verse influido por el temor de ser objeto de una sanción en base a razones y pruebas que se desconocen y que no pueden ser objetadas en el procedimiento inicial, con la carga de recurrir y los posibles gastos consiguientes.

En la STC 2/1987 de 21 enero (FJ2), se expresa la relación entre RdSE y el principio de legalidad⁷⁸⁸. En esta pugna entre RdSE y principio de legalidad es poco previsible el uso que los tribunales hacen de la categoría RdSE, que se aplica a relaciones distintas, con escaso esfuerzo argumentativo para justificarlas, lo que produce inseguridad jurídica.

“La forma en que las RdSE afectan al principio de legalidad depende también de los conceptos que se tengan sobre el propio principio de legalidad, sobre la reserva de ley o sobre la potestad reglamentaria independiente.[...] Si la Administración puede actuar su potestad reglamentaria sin necesidad de habilitación legal, la RdSE no puede provocar ningún debilitamiento de la reserva de ley, simplemente porque no existe tal reserva”⁷⁸⁹.

La doctrina ha sido crítica con el rumbo jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Constitucional.

Lasagabaster considera que las RdSE “constituyen una categoría en la que el esfuerzo de su construcción conceptual es inversamente proporcional a la frecuencia de su utilización” y critica que el Tribunal Supremo utilice con cierta profusión la fórmula RdSE sin dedicar esfuerzo a determinar su alcance, utilizando lapidariamente el concepto, sin explicación o argumento que justifique

⁷⁸⁸ Véase la STC 2/1987 de 21 enero (FJ 2). Se trataba de un recurso de amparo constitucional de un interno contra el Acuerdo sancionador de la Junta de Régimen y Administración de la prisión que le impuso una sanción de aislamiento de catorce días por una falta «muy grave» y de doce días de aislamiento por otra falta «muy grave», así como contra los Autos confirmatorios de estas sanciones. En los recursos se solicita amparo en razón del propio contenido de los Acuerdos sancionadores, consistentes en la imposición de tres sanciones, con una suma total de treinta y tres días de aislamiento en celdas, y ello porque tales sanciones estarían en contradicción con el art. 25.1 de la Constitución, al estar tipificadas las infracciones en una norma reglamentaria, con el art. 25.2 en lo relativo a la orientación hacia la reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, y con el art. 15 de la propia Constitución que prohíbe tratos inhumanos o degradantes...

En síntesis, que si bien es claro que a las relaciones de sujeción especial en que se encuentran los internos en establecimientos penitenciarios sigue siendo aplicable el art. 25.1 C.E. y, obviamente, el principio de legalidad del art. 9.3 C.E., dicho precepto no puede tener en este caso el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales. En consecuencia, debe reconocerse la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora que se ejerce sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución penitenciaria en una norma con rango de Ley, en este caso, la Ley General Penitenciaria.

Por otra parte, se reitera la doctrina sentada por la STC 74/1985, según la cual el interno de un centro penitenciario está, respecto a la Administración penitenciaria, en una relación de sujeción especial de la que deriva una potestad sancionadora disciplinara, y no tiene nada de anómalo ni de lesivo contra los derechos constitucionalizados en el art. 24.1 C.E. el que el órgano competente para imponer sanciones sea la Junta de Régimen y Administración, órgano no jurisdiccional, sino administrativo.

⁷⁸⁹ LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. pp.253-254.

su uso en un ámbito de aplicación de las RdSE como es el de la actividad interna de la Administración, que incluye la actividad organizativa⁷⁹⁰.

García Macho es más radical, al estimar que el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo socava los principios básicos del Estado de Derecho.

“El Tribunal Supremo amplía con desmesura los colectivos vinculados a una relación de especial sujeción. Utiliza para ello frecuentemente el concepto de interés público, pero lo emplea como justificativo de cualquier restricción de derechos fundamentales, sin tener en cuenta que los intereses públicos deben ser ponderados con otros bienes jurídicos, por ejemplo precisamente esos derechos, y no puede establecerse una primacía de aquellos sin justificación de ningún tipo”⁷⁹¹.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en los años ochenta hay varias sentencias que tratan expresamente las RdSE, considerando como tales la de los funcionarios⁷⁹², la del preso⁷⁹³, la del militar⁷⁹⁴, la de los

⁷⁹⁰ Véase STS de 8 junio 1990: “...las relaciones especiales de sujeción como son las funcionariales y en general las de todo el personal al servicio de la Administración Pública”. Lasagabaster considera que el Tribunal Supremo emplea términos excesivamente vagos y que entra en un razonamiento circular, del tipo “Se dice que el Ministro puede dictar una orden ministerial en esa materia por ser una RdSE, ¿por qué es una RdSE?, porque el Ministro puede dictar normas en esa materia, o sea, que es el Ministro quien decide sobre si la actividad concreta es o no RdSE”. Véase LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. pp.163-165.

⁷⁹¹ GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. p.212.

⁷⁹² STC 93/1984 de 16 octubre, FJ 3: “...la Sala no estima que la regulación por la L.J.C.A. de un procedimiento especial en materia de personal sea contraria al art. 14 de la Constitución, por cuanto no puede calificarse de discriminatoria ya que tiene un fundamento objetivo y razonable; pues, en efecto, dada la existencia de una relación de supremacía especial entre la Administración y los funcionarios -condición que posee el actor-, la resolución con rapidez de las cuestiones litigiosas que se planteen aparece como de interés público, no siendo una medida desproporcionada para la consecución de la finalidad pretendida el que el procedimiento sea de carácter sumario”.

STC 2/1981 de 30 enero, FJ 4: “El principio general del derecho conocido por *non bis in ídem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc....- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”.

⁷⁹³ STC 74/1985 de 18 de junio, FJ 2: “Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los artículos [...] del Reglamento Penitenciario...”.

⁷⁹⁴ Véase STC 114/1987 de 6 julio. Recurso de amparo, por vulneración del Artículo 14 de la Constitución, contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que confirmaba la denegación de la pensión de jubilación, retiro o haberes pasivos, a un expulsado de la Legión condenado por tráfico de estupefacientes.

Fundamento Jurídico 4: “Sentado lo anterior, es preciso analizar si el requisito de la buena conducta a que hace referencia el art. 5 de la mencionada Ley de 1932 introduce un elemento de distinción que haya de considerarse discriminatorio[...] En un sentido más restrictivo, la inobservancia de buena conducta puede interpretarse como comportamiento ilícito y antijurídico del sujeto afectado. Así ocurre en el presente caso, [...] pues, con independencia de las

miembros de colegios profesionales⁷⁹⁵ y los profesores⁷⁹⁶, pero a partir de mil novecientos noventa parece que su criterio pierde firmeza y precisión⁷⁹⁷.

consecuencias sancionadoras que se deriven de la comisión de hechos o la omisión de deberes concretos, tipificados como infracciones, el ordenamiento puede anudar legítimamente en ciertos supuestos determinadas consecuencias gravosas al incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública, genéricamente descritos como deber de observancia de buena conducta, cuando así lo exija razonablemente el interés público que con ello pretende protegerse. Así ocurre sobre todo en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, cuando aquellas exigencias se vinculen directamente a garantizar la específica disciplina, cohesión interna o respetabilidad pública de las instituciones en que se desenvuelven dichas relaciones. Por ello, si no es admisible la apelación a un concepto abstracto de buena conducta, referido al comportamiento general del individuo en sus relaciones sociales o jurídicas, cuya inobservancia genere por sí misma consecuencias jurídicas gravosas para su autor, sí puede serlo como noción concreta referida a conductas singulares jurídicamente debidas en razón de interés público protegido por la norma que impone dicho requisito. Pero conviene advertir que incluso en este último supuesto el principio de igualdad impone como canon de su constitucionalidad que la exigencia normativa de buena conducta guarde una directa y razonable relación con la finalidad perseguida por la misma norma o con las consecuencias jurídicas concretas que se deriven de su incumplimiento, pues, en caso contrario, introduciría un factor de diferenciación que habría que calificar de discriminatorio, ya que, como queda dicho, hay que entender por tal toda diferencia de trato que carezca de justificación no solo objetiva, sino también razonable desde el punto de vista de la finalidad de la norma en cuestión".

⁷⁹⁵ Las transgresiones de las normas de deontología profesional constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios profesionales.

STC 219/1989 de 21 diciembre, FJ 2: "...el alcance de dicha reserva de Ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 de la Constitución. Por otra parte, también tiene declarado este Tribunal, [...], que no es posible exigir la reserva de Ley de manera retroactiva para considerar nulas e inaplicables disposiciones reglamentarias respecto de las cuales esa exigencia formal no existía antes de la Constitución".

⁷⁹⁶ STC 47/1990 de 20 marzo, FJ 4: "...tratándose de relaciones de sujeción especial que se traban en el ámbito organizativo interno de la Administración, es evidente también que la Instrucción constituye un mandato u orden que todos y cada uno de los subordinados afectados por ella están llamados a observar [...] los Profesores de Religión, nombrados por el Ministerio de Educación y Ciencia, se hallan bajo la dependencia de los órganos superiores de este Ministerio en el ejercicio de las funciones propias de su quehacer profesional, con independencia ahora de las peculiaridades de su relación estatutaria".

⁷⁹⁷ Véase STC 61/1990 de 29 marzo, (se trataba de la revocación de licencia a un detective privado por Resolución de la Dirección General de la Policía):

FJ 6: "Hay que admitir, pues, en el caso, la naturaleza sancionatoria de la medida, sin que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en sí misma imprecisa, pueda desvirtuar aquella naturaleza del acto administrativo y sin que, por lo demás, y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado (en el supuesto del recurso, el ejercicio de una actividad profesional conectada con los arts. 35.1 y 38 de la Constitución), con el riesgo de lesionar derechos fundamentales"

FJ 8: "No se trata, en efecto, de un Reglamento ejecutivo, sino de una Orden carente de cobertura legal mínima, incluso desde la perspectiva de las relaciones de sujeción especial que en principio hay que admitir existentes entre Administración y demandante, debido a la licencia que este había obtenido de aquélla para ejercer su actividad profesional de detective privado y sin la cual no podría hacerlo. En este sentido el art. 12 de la citada Orden no satisface en absoluto la exigencia del art. 25.1 C.E., ni en su aspecto formal, ni en el material o sustantivo...".

Para García Macho, el Tribunal Constitucional es ambiguo en la determinación del contenido de las RdSE, pues aunque se ha ocupado con cierta frecuencia de estas, su jurisprudencia no ha encontrado criterios uniformes, precisos y actuales para abordarlas, lo que implica dificultades para delimitar sus límites y contenido, además de la utilización expansiva del concepto⁷⁹⁸.

Lasagabaster critica igualmente la jurisprudencia constitucional con argumentos parecidos a la crítica hecha a la del Tribunal Supremo⁷⁹⁹. Estimando que parece como si la jurisprudencia y la doctrina entendieran que, por ser la relación funcional una RdSE, debiera esta gozar de una mayor laxitud respecto a las relaciones de sujeción general, en lo referente a la relación reserva de ley-habilitación a reglamento⁸⁰⁰.

4.2. EL MILITAR COMO SUJETO DE UNA RELACIÓN DE SUJECIÓN ESPECIAL.

La relación de sujeción del militar es una de las que la doctrina generalmente ha considerado que debe incluirse entre las de sujeción especial⁸⁰¹. Opinión que también sostiene la jurisprudencia constitucional⁸⁰².

⁷⁹⁸ Véase GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción...*, cit. p.227.

⁷⁹⁹ Considera que ambas jurisprudencias y las posturas doctrinales que defienden que la reserva de ley se debilita en las RdSE, con la apertura de un mayor margen de habilitación a la actividad reglamentaria, no aguantan el contraste con la realidad y que son mas bien "fruto de una herencia conceptual o una cláusula de estilo, que de una detenida consideración de la figura de las RdSE y de su afectación al principio de legalidad en materia sancionadora". LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p.264.

⁸⁰⁰ "En definitiva, la mayor o menor fortaleza de la reserva de ley depende de las características de la materia, de la necesidad de acudir por razones técnicas, de la incapacidad del legislador para realizar la regulación, pero no en virtud de un concepto que no permite discernir los criterios con los cuales se modula la potestad reglamentaria". LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p.265.

⁸⁰¹ Gallego estima unánime la consideración como RdSE de la situación del militar, junto a la del funcionario del escolar y estudiante y del preso. En las ponencias de Maguncia (1956) y debates posteriores, se menciona expresamente y se admite la existencia de RdSE en el ámbito de la organización militar. Véase en GALLEGO ANABITARTE, A.: "Las relaciones especiales de sujeción...", cit. pp.25-26.

⁸⁰² Entre otras, véase STC 21/1981 de 15 junio, FJ 15: "La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «relación de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas solo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial".

4.2.1. ¿ESTATUS O ESTATUTO?. EL CONCEPTO Y SUS IMPLICACIONES.

Para referirse a las RdSE se ha empleado también el término "estatus especiales" y aunque *estatus* y estatuto no son términos intercambiables, suelen emplearse indistintamente⁸⁰³.

Estatus es la posición que una persona ocupa en la sociedad o dentro de un grupo social o la situación relativa de alguien dentro de un determinado marco de referencia. En cambio, estatuto es el régimen jurídico que se determina en consideración a la nacionalidad o condición personal del sujeto⁸⁰⁴.

Estatuto es una concreción de *estatus*, que es un concepto más amplio. Así, el término *estatus* está ligado a la condición de militar, que fija una posición en la sociedad, en tanto que estatuto será el régimen jurídico que le es propio y aplicable en razón de ese *estatus*.

Por otra parte, la noción de *estatus* no tiene un significado común para la doctrina, en la que se barajan opiniones que ven el *estatus* como "ceñido a la posición jurídica del individuo, dentro de una comunidad necesaria" (Jellinek), o una "combinación de relaciones jurídicas que sufren las mismas vicisitudes" (Carnelutti) y el debate tradicional giraba en torno a si la noción de *estatus* tenía que circunscribirse a una comunidad necesaria o *estatus* fundamentales (Estado,

Véase STC 114/1987 de 6 julio, FJ 5: "...como voluntarios del Ejército destinados en África. Si la exigencia de buena conducta en las relaciones de sujeción especial que aquella Ley regula podría tener una justificación objetiva y razonable en relación con la tutela de la disciplina, la cohesión o la imagen pública de la institución considerada, de la que podrían derivarse legítimas consecuencias en orden, por ejemplo, a la permanencia de los voluntarios en el servicio activo, no la tiene, en cambio, como requisito necesario para el nacimiento del derecho a pensión".

También STC 371/1993 de 13 diciembre, en la que tras reiterar que hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites más estrictos o específicos en cuanto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por razón de la función que desempeñan, en la misma línea marcada en análogos supuestos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se hacía notar que tales limitaciones presentan especial singularidad cuando se trata de miembros de las Fuerzas Armadas, ya que no debe olvidarse que resultan indispensables a la organización militar, para poder cumplir sus fines, las características de profunda jerarquización, disciplina y unidad (FJ 4), las cuales se verían en entredicho de quedar amparadas bajo el manto protector de la libertad de expresión conductas claramente indicativas de una desmesura en el ejercicio de la crítica a determinados aspectos de la actuación de la Institución.

⁸⁰³ Cámara Villar aboga por esta denominación empleada por la doctrina alemana, por creerla más eficaz para desposeer a las RdSE de adherencias históricas y subliminales y permitir centrar mejor el concepto. CÁMARA VILLAR, G.: "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales", cit. p.132.

familia, municipio...) o podía referirse a una comunidad voluntaria o *estatus* accidentales (profesionales)⁸⁰⁵.

No obstante, pese a esta digresión aclaratoria, parece que se usan ambos términos (*estatus* y estatuto) indistintamente, como conceptos equivalentes y a elección de cada autor.

La utilidad tradicional del especial estatuto jurídico-político del militar radicaba en la defensa de la libertad civil frente al eventual peligro de injerencia de quienes legalmente ejercen la violencia del Estado, lo que ha rodeado de cautelas la articulación del sistema de derechos y deberes del militar.

Aunque el vigente texto constitucional no establece distinción entre ciudadanos, en coherencia con el valor superior que es la igualdad, la idea de fijar ciertas limitaciones para los militares estuvo presente en su redacción, ya que contiene algunas explícitas y aunque la aplicación es siempre individual, como lo es el ejercicio de todos los derechos, la restricción se predica de todo el colectivo, por el mero hecho de su pertenencia a él.

Así, se contempla un estatuto para los militares que arranca de la propia Constitución y que tiene relevancia al afectar a los derechos de este sector de la ciudadanía. La CE solo establece limitaciones, implícitas o expresas, firmes o potestativas, en sus Artículos 8,15, 25.3, 26, 28.1, 29.2, 70.1, 97 y 117.5 CE, limitando el derecho en todo caso o bien habilitando al legislador ordinario en dos sentidos, para perfilar la limitación dentro de las previsiones constitucionales o para no regular esa limitación concreta. Pero el posterior desarrollo legislativo ha aumentado el listado de restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales⁸⁰⁶.

La existencia del estatuto del militar, su concepto, fundamentos, delimitación y contenido, ha sido objeto de interés doctrinal.

⁸⁰⁴ Diccionario RAE. 21ª edición. Espasa-Calpe. Madrid, 1992.

⁸⁰⁵ López Benítez se muestra reacio a emplear esta palabra por estimar que la expansión del concepto de *estatus* le ha hecho perder potencia para caracterizar las RdSE, por lo que descarta el uso de expresiones como "relaciones estatutarias" o "relaciones jurídicas de *estatus*", que utiliza un sector de la doctrina germana, porque piensa que no caracteriza mejor las RdSE. Véase en LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit. p.167 y nota 22.

⁸⁰⁶ PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. p.171.

Trillo-Figueroa⁸⁰⁷ utiliza un concepto de *estatus* amplio y en sentido instrumental, entendiéndolo como “el condensador de la posición jurídica especial que corresponde permanentemente en Derecho Público al militar” y estima que esta concepción amplia es la que ha primado en la doctrina española, destacando para el concepto de *estatus* “la consideración del estado como cualidad de la persona determinante de su capacidad de obrar”.

Garrido Falla⁸⁰⁸ estima que el problema del *estatus* del militar es que abarca cuestiones no homogéneas, pero con un único fundamento. La expresión legal de este *estatus* son las Reales Ordenanzas vigentes, cuyos aspectos más importantes son el establecimiento de los principios impercederos de la organización militar (disciplina y jerarquía) y el fijar los deberes y derechos del militar, con los problemas que plantea el Título V (Artículos 168 a 185) en cuanto a lo inadecuado del rango legal de la Ley 85/1978 ROFAS y la extensión del tratamiento de deberes y derechos.

Blanco Valdés⁸⁰⁹ considera que el Título V ROFAS constituye la única regulación sistemática del estatuto político de los miembros de las Fuerzas Armadas, subrayando el hecho de que pese a la grave irregularidad que supone la regulación de derechos y libertades mediante ley ordinaria, el legislador entiende perfectamente aplicable la Ley 85/1978.

Para la recta comprensión de las causas y alcance de esta especialidad estatutaria, Jiménez Villarejo⁸¹⁰ reflexiona sobre dos presupuestos; por un lado, el marco constitucional, presidido por el principio de igualdad y los principios organizativos o informadores de las Fuerzas Armadas; de otro, la realidad socio-política en la que actúa y a la que se adapta este estatuto.

El punto de partida es el principio de igualdad (Artículo 14 CE) basado en la dignidad de la persona y cuyas posibles excepciones no implican necesariamente discriminación, como mantiene el Tribunal Constitucional de manera uniforme. Son principios constitucionales que inspiran la organización de las Fuerzas

⁸⁰⁷ TRILLO-FIGUEROA MARTINEZ-CONDE, F.: “Las Fuerzas Armadas en la constitución española...”, cit. pp.131-132.

⁸⁰⁸ GARRIDO FALLA y OTROS: *Comentarios a la Constitución*, cit. pp.141-143.

⁸⁰⁹ BLANCO VALDÉS, R. L: *La ordenación constitucional de la Defensa*, cit. pp. 88-93.

⁸¹⁰ JIMÉNEZ VILLAREJO, J: “Principios constitucionales. Derechos fundamentales y libertades públicas del militar”, *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 210-216.

Armadas, el principio del Ejército permanente y estatal (Artículo 8.1 y 149.1.4º CE), el de separación entre administración civil y militar (Artículo 97, 25.3 y 26 CE), el de subordinación a la autoridad civil (Artículo 97 y 103 CE), el de dependencia respecto al Ejecutivo (Artículo 97 CE y Artículo 5 y 6 LODN), el principio defensivo (Artículo 8.1 CE) y el principio de estricta disciplina, disperso por todo el ordenamiento jurídico militar⁸¹¹.

El contexto socio-político es el de un Estado cuya base es una sociedad plural, compleja y dinámica; con una función integradora de búsqueda de un mínimo y necesario consenso social, de mantenimiento de unas reglas básicas de juego y de garantía del proceso de adopción de decisiones públicas. Pero la favorable actitud social hacia el pluralismo y el uso instrumental del conflicto con finalidad evolutiva son de difícil trasplante al ámbito de las Fuerzas Armadas, que por razones obvias de eficacia se apoyan en los principios de neutralidad política y de unidad o cohesión interna⁸¹².

Peñarrubia Iza⁸¹³ entiende la función militar en sentido objetivo, como la prestada por el Estado para la Defensa Nacional, por medio de la organización militar; y en sentido subjetivo, como el conjunto de personas que sometidas a la disciplina militar, prestan sus servicios de manera voluntaria en esa organización militar y considera que en un Estado como el español,

“...en cuyo ordenamiento rige el principio *pro libertatis*, no caben mas restricciones de derechos que aquellas que han sido previstas por la Constitución, y que lo real es que esta legislación de desarrollo ha establecido limitaciones de ejercicio que no afectan a otra categoría de ciudadanos mas que a los militares y que no han sido mencionadas expresamente por el texto constitucional”⁸¹⁴.

En opinión de López Benítez⁸¹⁵, las misiones del Artículo 8.1 CE configuran la base sustentadora del *estatus* del militar, aunque su indudable (no exclusiva)

⁸¹¹ Jiménez Villarejo sigue aquí el esquema de LÓPEZ RAMÓN, F: "Los principios de ordenación constitucional de las FAS", *Obra colectiva "Estudios sobre la CE"*, Cívitas SA. Madrid, 1991.

⁸¹² "En toda estructura social y, por supuesto, también en la militar, pueden suscitarse conflictos entre sus miembros, pero así como en la sociedad global, cuando está democráticamente organizada, la exteriorización del conflicto y su normalización como pauta de convivencia han de ser positivamente valoradas, no puede ocurrir lo mismo en una Institución fuerte e indispensablemente jerarquizada como la castrense. En esta, la unidad tiene tan primordial importancia que no es concebible se admita la manifestación normalizada del conflicto...". Véase (Doctrina) STS de 11 octubre 1990. Sala de lo Militar. Ponente Jiménez Villarejo.

⁸¹³ PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 50-51.

⁸¹⁴ Véase en PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 89-93.

vertiente de Administración Pública, obligará a que las Fuerzas Armadas amolden su actividad a los principios generales que rigen en esta. De manera que mientras que algunos de estos resultan de difícil aplicación, otros como la jerarquía, lo serán más intensamente y el binomio fines-principios (Artículos 8.1 y 103.1 CE) perfilará el alcance de los derechos fundamentales de los militares.

Otros opinan que no se trata de negar al militar el ejercicio de sus derechos fundamentales, sino de acomodarlo a la estructura de las Fuerzas Armadas. Esto implica que el reconocimiento de un derecho o libertad, no perjudicará las bases estructurales de las Fuerzas Armadas, materializadas por los principios de unidad, jerarquía y disciplina y que estos derechos deberán admitirse con la mayor amplitud posible en cuanto afecten a la vertiente del militar como ciudadano ordinario, aunque el apartidismo del militar puede suponer un límite añadido⁸¹⁶.

Las Reales Ordenanzas enmarcan el estatuto del militar, pero faltan las precisiones propias de su desarrollo. Además de que la efectiva limitación de derechos fundamentales que establece, sin apoyo en la CE o leyes orgánicas de desarrollo, deriva en la inconstitucionalidad de algunos de sus artículos⁸¹⁷.

4.2.2. ELEMENTOS PARA UN PERFIL DE LA RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL DEL MILITAR DE CARRERA EN ESPAÑA.

Como alternativa a la definición como medio para captar el concepto RdSE, optaremos por un método de aproximación indirecta para caracterizar la RdSE del militar de carrera.

Según la exposición de motivos de la derogada Ley 17/1999 LRPFAS, "la condición de militar en su sentido más amplio queda configurada por la sujeción a los principios de disciplina, jerarquía y unidad característicos de la organización militar, a unas reglas morales de actuación y a las leyes penales y disciplinarias militares", por lo que las fuentes básicas que proporcionarán los elementos

⁸¹⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 497-498.

⁸¹⁶ FERNÁNDEZ RODERA, J.A: "Límites al ejercicio de derechos cívicos en el ámbito castrense", *Revista Ejército n.º.525*, octubre 1983, p. 64.

⁸¹⁷ STC 21/1981 de 15 junio (Extracto): "La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «relación de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas, solo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial".

componentes del *estatus* del militar de carrera serán las normas que regulan estos aspectos, es decir, las Reales Ordenanzas (Ley 85/1978 ROFAS) como “regla moral de la Institución militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros”, complementadas con la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. El cumplimiento de las reglas y el respeto a los principios acuñados en el articulado de las Reales Ordenanzas se asegura en los preceptos de la ley disciplinaria (LORDFAS 8/1998) y la ley penal (LOCPM 13/1985).

Del estudio de estas cuatro normas, bajo la óptica de las mas significativas notas características definitorias de la RdSE acuñadas por la doctrina, podrá obtenerse un contenido explícito de la relación de sujeción del militar⁸¹⁸.

4.2.2. a. Una acentuada situación de dependencia.

La situación de dependencia del militar se inicia con el **compromiso** de defender España, como deber esencial y a riesgo de su vida, que se materializa en el juramento ante la Bandera según fórmula fijada por ley, como requisito previo e indispensable para adquirir la condición de militar de carrera⁸¹⁹.

Compromiso que se materializa en una **dedicación** al servicio que puede calificarse de exclusiva, porque incluso el régimen de incompatibilidades del militar es una adaptación restrictiva del régimen general de estas. La **disponibilidad** para el servicio es permanente, lo que comprende un régimen de

⁸¹⁸ Como guía básica, utilizaremos las notas establecidas por Gallego Anabitarte y otras deducibles de la definición de RdSE dada por López Benítez, ya vistas en páginas anteriores.

⁸¹⁹ Artículo 20d ROFAS: "El juramento ante la Bandera de España es un deber esencial del militar; con el se contrae compromiso de defender a la Patria aun a costa de la propia vida; su formula será fijada por la ley".

Artículo 186d ROFAS. "Estar siempre dispuesto a defender a la Patria, incluso con la ofrenda de su vida cuando fuera necesario, constituye el primero y mas fundamental deber de todo militar.

Artículo 3d LRPFAS. Juramento o promesa ante la Bandera de España. "1. Todo militar tiene el deber de prestar ante la Bandera juramento o promesa de defender a España, de la forma que se establece en este artículo. Dicho juramento o promesa será requisito previo e indispensable a la adquisición de la condición de militar de carrera".

Artículo 1 LCM. Objeto y ámbito de aplicación: "1. Esta ley [...]. 2. Es de aplicación a todos los miembros de las Fuerzas Armadas que adquieren condición militar desde su incorporación a las mismas y que, con el juramento o promesa ante la Bandera, asumen la obligación de defender a España y de contribuir a preservar la paz y la seguridad".

Artículo 7 LCM. Juramento o promesa ante la Bandera de España: "1. Todo militar tiene el deber de prestar ante la Bandera juramento o promesa de defender a España.[...] se efectuará durante

horario y de permisos y licencias adaptado a las necesidades operativas y de funcionamiento, en el que prevalecerá el interés del servicio⁸²⁰.

El ejercicio de la autoridad se traduce en decisiones y estas en **órdenes**, o mandatos relativos al servicio emitidos en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente corresponden al mando, órdenes cuya ejecución se debe dirigir, coordinar y vigilar (Artículo 92 ROFAS). Como norma general las órdenes deben obedecerse, no obstante, se contempla la posibilidad de que el inferior jerárquico pueda formular propuestas para la mejor satisfacción de las necesidades que deba atender, pero esto se refiere al proceso de reflexión previo a la decisión, porque una vez recibida una orden la cumplirá con exactitud (Artículo 165 ROFAS). De manera que las órdenes se cumplirán sin perjuicio del servicio, existiendo la obligación de acatarlas, sin que las posibles objeciones a formular puedan perjudicar la misión encomendada⁸²¹.

En el entendimiento de que la más exacta y puntual observancia de las Ordenanzas y las órdenes de sus jefes es la base fundamental del servicio

la enseñanza de formación [...] y será requisito previo e indispensable a la adquisición de la condición de militar...".

⁸²⁰ Artículo 2 ROFAS. "Bajo el mando supremo del Rey, las Fuerzas Armadas,[...], están exclusivamente consagradas al servicio de la Patria,..."

Artículo 221d ROFAS. "El militar de carrera en situación de actividad estará en disponibilidad permanente para el servicio. El ejercicio de cualquier otro cargo o profesión estará limitado por el régimen de incompatibilidades fijado en las disposiciones vigentes".

Artículo 153 LRPFAS. Incompatibilidades. "Los militares profesionales están sometidos al régimen general sobre incompatibilidades establecido para el personal al servicio de las Administraciones públicas y adaptado reglamentariamente a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas".

Véase Real Decreto 517/1986 de 21 febrero, de incompatibilidades del personal militar.

Artículo 154 LRPFAS. Disponibilidad. "1. Los militares profesionales estarán en disponibilidad permanente para el servicio. Su régimen de horario se adaptará a las necesidades operativas de las unidades y a las de funcionamiento de los centros y organismos....".

LCM. Preámbulo (III): "...se pretende conjugar la disponibilidad permanente para el servicio, específica de los militares, con la conciliación de la vida profesional, personal y familiar".

Artículo 113 LCM. Situación de reserva: "[...] 10. Al pasar a la situación de reserva [...] las retribuciones del militar profesional estarán constituidas por las retribuciones básicas y por el complemento de disponibilidad que se determine...".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: [...] 31. El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades".

⁸²¹ Artículo 32 ROFAS. "Cualquiera que sea su grado acatara las órdenes de sus jefes. Si considera su deber presentar alguna objeción la formulara ante su inmediato superior, siempre que no perjudique a la misión encomendada, en cuyo caso la reservara hasta haberla cumplido".

Artículo 4 LCM. Reglas de comportamiento del militar: "1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:[...] Décima.-Obedecerá las órdenes que son los mandatos relativos al servicio que un militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le correspondan, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta...".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: 1. Dejar de observar por negligencia y en tiempo de paz una orden recibida, causando daño o riesgo para el servicio".

(Artículo 80 ROFAS), existe además el deber de **respetar** al superior y de que esta actitud se manifieste con la observancia exigente de los signos externos de subordinación⁸²². El concepto de superior está delimitado en la ley penal militar⁸²³. No obstante, la **disciplina** debe estar basada en el convencimiento y no en el temor al castigo (Artículo 87d ROFAS) y el ejercicio de la autoridad ha de hacerse con firmeza, justicia y equidad, promoviendo un ambiente de responsabilidad, siendo sancionables tanto las desviaciones como los excesos⁸²⁴.

El cumplimiento de las obligaciones de esta estricta relación de dependencia no acaba en la ejecución simple y automática, porque existe un deber de **diligencia**⁸²⁵, además de que cada uno debe velar por el prestigio y

Artículo 19 CPM. "A los efectos de este Código orden es todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta". Véase también TÍTULO QUINTO. Delitos contra la disciplina. CAPÍTULO II. Insubordinación. SECCIÓN 1ª. Artículos 98 a 101 del CPM.

⁸²² Artículo 38 ROFAS. "Respetara a todo superior con independencia del Ejército, Arma, Cuerpo o Instituto a que pertenezca. Ningún jefe tolerara ni disminuirá la falta de subordinación".

Artículo 40 ROFAS. "Pondrá gran cuidado en observar y exigir los signos externos de subordinación y policía, muestras de su formación militar y de respeto a los demás".

Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves:[...]12. La falta de respeto a superiores y, en especial, las razones descompuestas o réplicas desatentas a los mismos. 13. La irrespetuosidad o la leve desobediencia a órdenes de la Policía Militar en su función de agentes de la autoridad. 14. Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados.[...] 20. La omisión de saludo a un superior, el no devolverlo a un igual o inferior y el inexacto cumplimiento de las normas que lo regulan".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves:[...] 20. La falta de subordinación, cuando no constituya delito".

⁸²³ Artículo 12 CPM. "A los efectos de este Código se entenderá que es superior el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente más elevado o del cargo o función que desempeñe, como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones".

⁸²⁴ Artículo 91 ROFAS. "Ejercerá su autoridad con firmeza, justicia y equidad, evitando toda arbitrariedad, procurando ser graciable en cuanto pudiere y promoviendo un ambiente de responsabilidad, interior satisfacción y mutuo respeto y afecto".

Artículo 4 LCM. Reglas de comportamiento del militar: "1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:[...] Séptima.-La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación [...]. Novena.-[...]. Los que ejerzan mando tratarán de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes o que constituyan delito".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: [...] 13. Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio. 14. Prevalerse del empleo para coartar o impedir a cualquier militar que se encuentre de servicio el cumplimiento de las órdenes relativas al mismo. [...]17. Impedir, dificultar o limitar a otro militar el libre ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos, cuando no constituya delito, así como interceptar o devolver a su origen, sin darles el debido curso reglamentario, las reclamaciones o peticiones formuladas por subordinados".

⁸²⁵ Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves: 1. La negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto y la falta de interés en la instrucción o preparación personal.

buen nombre de la colectividad militar y por el suyo propio, mediante el **cuidado de su conducta** (Artículo 42 ROFAS), para evitar lesionar bienes institucionales como son el decoro y la dignidad exigible a todo militar y el prestigio y buen nombre de las Fuerzas Armadas, extremando para ello tanto los aspectos formales externos como la conducta personal⁸²⁶. Además, se le exigen unas determinadas condiciones de **aptitud** psicofísica para el desempeño de sus cometidos⁸²⁷.

La dependencia llega a ser de tal intensidad que incluye decisiones sobre la propia vida y la de quienes le estén subordinados⁸²⁸. También hay dependencia en otros aspectos como el formativo, de vivienda, asistencia sanitaria o religiosa,

[...]8. Las manifestaciones de tibieza o disgusto en el servicio y las murmuraciones contra el mismo, las órdenes del mando o de otros militares, así como tolerar dichas conductas en las fuerzas o personal subordinados".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: 1. Dejar de observar por negligencia y en tiempo de paz una orden recibida, causando daño o riesgo para el servicio".

⁸²⁶ Artículo 4 LCM. Reglas de comportamiento del militar: "1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:[...] Quinta.-Ajustará su conducta al respeto de las personas, [...]. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos.

Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves:[...]6. El descuido en el aseo personal y la infracción de las normas que regulan la uniformidad. 7. Ostentar insignias, condecoraciones u otros distintivos militares o civiles sin estar autorizado para ello. [...]19. Contraer deudas injustificadas con subordinados. [...]23. Embriagarse vistiendo uniforme o públicamente cuando afecte a la imagen de la Institución Militar, o en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves o establecimientos militares, y en campamentos y zonas de ejercicios, cuando no constituya infracción más grave. 24. Consumir bebidas alcohólicas durante el servicio o con ocasión del mismo, y consentir o tolerar tal conducta, cuando no constituya infracción más grave o delito. 25. El juego dentro de los recintos militares, siempre que no constituya un mero pasatiempo o recreo. 26. Acudir de uniforme a lugares o establecimientos incompatibles con la condición militar, comportarse de forma escandalosa y realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: [...]8. Consumir bebidas alcohólicas en acto de servicio de armas o portándolas, y consentir o tolerar tal conducta, cuando no constituya infracción más grave o delito. 9. La introducción, tenencia y consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves, establecimientos o cualesquiera lugares militares, y en campamentos y zonas de ejercicios, o consentir o tolerar tales conductas, y, asimismo, el consumo de las citadas sustancias fuera de dichos buques, aeronaves y lugares militares, cuando se realice vistiendo uniforme o públicamente cuando afecte a la imagen de la Institución Militar, siempre que estas conductas no constituyan infracción más grave o delito. [...]24. Mantener relaciones sexuales en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar".

Artículo 164 CPM. "El militar que usare pública e intencionadamente uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión".

⁸²⁷ Véase Real Decreto 944/2001 de 3 agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas.

⁸²⁸ Artículo 96 ROFAS. "Considerara las vidas de sus hombres como valor inestimable que la Patria le confía y no las expondrá a mayores peligros que los exigidos por el cumplimiento de la misión".

en consideración a las circunstancias personales y familiares derivadas de las condiciones específicas de la vida militar⁸²⁹.

Al **militar de carrera** se le asignaba un destacado papel como depositario y continuador de los valores de la Institución⁸³⁰. Su promoción profesional será a través de los ascensos reglados por ley, cuyo régimen tiene por finalidad asegurar la disponibilidad de los profesionales adecuados “para conseguir la máxima eficacia y cohesión de las Fuerzas Armadas”, potenciando para ello el mérito y la capacidad e incentivando su dedicación profesional (Artículo 88 LCM)⁸³¹. La provisión de los destinos, con carácter voluntario, forzoso o anuente, se hará “en función de los criterios determinados en las correspondientes relaciones de puestos militares o de puestos de trabajo” (Artículo 99 LCM) y se asignarán por antigüedad, por concurso de méritos o por libre designación⁸³².

⁸²⁹ Artículo 149 ROFAS. "Todo militar debe considerar que es su obligación aprovechar al máximo los medios y oportunidades que las Fuerzas Armadas le proporcionan para formarse, respondiendo así a la atención que le dedican mandos, profesores e instructores".

Artículo 195d ROFAS: "Se reconoce al militar el derecho a residencias, viviendas y acuartelamientos dignos, a asistencia sanitaria y a otras ayudas, de acuerdo con las asignaciones que el Estado fije para estos fines. También se facilitara la asistencia religiosa, de conformidad con lo que este legalmente establecido".

A este respecto, véase el "Instrumento de ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos firmado en Ciudad del Vaticano en 3 de enero de 1979. (BOE n. 300 de 15/12/1979). Así como la creación del Servicio de Asistencia Religiosa (SARFAS), por Disposición final cuarta Ley 17/99 LRPFAS, que garantiza la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas y establece los criterios para el régimen del personal de este Servicio y para la adaptación de los pertenecientes a los Cuerpos Eclesiásticos de los Ejércitos de Tierra, Aire y Armada.

Artículo 196d ROFAS: "Los servicios de asistencia de las Fuerzas Armadas atenderán en lo posible, los problemas que plantean a sus miembros y familias las condiciones específicas de la vida militar y, muy especialmente, las derivadas de la movilidad de los destinos. La solución de las dificultades económicas, educativas y de adaptación al medio social será objeto de preocupación preferente".

⁸³⁰ Artículo 207d ROFAS. "Los militares de carrera, asumiendo la trascendencia de la función militar constituyen la base orgánica de las fuerzas y garantizan la continuidad de los valores de la Institución".

⁸³¹ La vigente LCM dedica a los ascensos su Capítulo V (Artículos 88 al 98). Véase la derogada LRPFAS, en particular el TÍTULO VIII. Régimen de ascensos (Artículos 109 a 119). Véase también Artículo 215d ROFAS.

⁸³² La vigente LCM dedica a los destinos su Capítulo VI (Artículos 99 al 106).

Véase el derogado Título IX de LRPFAS, Artículos 126 al 137, en particular, el Artículo 134. (Asignación de destinos y ceses por necesidades del servicio). "El Ministro de Defensa podrá destinar, acordar el cese en un destino o denegar su adjudicación cuando las necesidades del servicio lo aconsejen".

En desarrollo del Artículo 129.3 LRPFAS se aprobó el vigente Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional, por Real Decreto 431/2002 de 10 mayo (BOE. 113).

La provisión de los destinos de hará según la legislación vigente y "ajustándose a criterios en que prevalezca el interés del servicio, la justicia y la equidad" (Artículo 216d ROFAS).

Al militar se le exige un deber de **ejemplaridad** en el respeto a la Constitución y en el cumplimiento de los deberes generales de todo ciudadano, lo que incluye el respeto a las Instituciones del Estado (Artículo 168d ROFAS)⁸³³.

4.2.2. b. **Un estado general de libertad limitada.**

Una manifestación evidente de las limitaciones a la libertad, en lo relativo a la libertad de movimientos, es la imposición al militar del lugar habitual de **residencia**, que será el de su destino, pudiendo separarse de este sin perjuicio de sus obligaciones y en función de lo que tardaría en incorporarse, en plazo fijado por su jefe. Además, tiene la obligación de comunicar su domicilio y mantener este dato actualizado⁸³⁴.

⁸³³ Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves: [...]29. Emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones y poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así como contra los representantes de otras naciones, las Fuerzas Armadas y los Cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus mandos y autoridades militares cuando no constituyan infracción más grave o delito. [...]31. Expresar públicamente opiniones que [...] afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: [...]32. Emitir o tolerar manifiesta y públicamente expresiones contrarias, realizar actos irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra ... (resto igual que en el Artículo 7.29 precedente)".

⁸³⁴ Artículo 175d ROFAS. "El lugar habitual de residencia del militar será el de su destino. Por circunstancias atendibles podrá autorizarse a fijarlo en otro distinto, con la condición de que pueda cumplir adecuadamente todas sus obligaciones.

Dentro del territorio nacional podrá separarse de la localidad de su destino con la limitación que imponga la posibilidad de incorporarse a su unidad en los plazos fijados por el jefe de ella.

Para salir al extranjero, además de observar las mismas prescripciones que el resto de los ciudadanos, deberá disponer de autorización de sus superiores.

En todos los casos tendrá la obligación de comunicar en su destino el lugar de su domicilio habitual o eventual, con objeto de que pueda ser localizado si las necesidades del servicio lo exigen".

Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves:[...]10. La ausencia injustificada del destino por un plazo inferior a veinticuatro horas de los militares profesionales...".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: [...] 27. La ausencia injustificada del destino en un plazo de veinticuatro horas a tres días de los militares profesionales...".

Obligaciones estas que concuerdan parcialmente con las previsiones del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil vigentes.

Artículo 40 C.Civil. "Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personal naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Artículo 68 LEC. "El domicilio legal de los militares en activo servicio será el del pueblo en que se hallare el Cuerpo a que pertenezcan cuando se hiciere el emplazamiento".

Véase Real Decreto 431/2002 de 10 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional.

Artículo 154 LRPFAS. Disponibilidad: "1.[...] 2.Los militares profesionales tienen derecho a disfrutar los permisos y licencias establecidos con carácter general para el personal al servicio de

Si viaja al extranjero, debe notificar a su jefe su intención de hacerlo, con una antelación mínima de siete días, indicando los países, fechas y motivo del desplazamiento. No obstante, el régimen se ha ido suavizando desde la exigencia de obtener autorización del mando, hasta la simple notificación de intenciones a este por parte del interesado⁸³⁵.

El militar debe estar localizable y en cualquier caso, pende la incidencia de las necesidades del servicio sobre el disfrute de vacaciones o permisos extraordinarios⁸³⁶.

El régimen de horarios y permisos del personal militar actualmente tiende a la convergencia con otros sectores de la Administración pública y se pretende facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconociendo que la normativa militar sobre horarios y permisos, además de antigua (veinte años en la mayoría de los casos), presenta un desfase considerable con el régimen de los funcionarios civiles. No obstante, se mantiene la posibilidad de alargar el horario, cuando ocasionalmente sea preciso por necesidades del servicio⁸³⁷. En cualquier

las Administraciones públicas, con las adaptaciones a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por el Ministro de Defensa. Las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos y licencias. Cuando las circunstancias lo exijan, el jefe de la unidad, centro u organismo correspondiente podrá ordenar la incorporación al destino”.

⁸³⁵ Véase Orden Ministerial 170/96 de 15 octubre 1996 (BOD.208), por la que se regulan las notificaciones de salida a otros países del personal militar profesional, cuyo artículo cuarto fue modificada por la Orden 49/1997 de 5 marzo. En su primitiva redacción, este artículo imponía la obligación de comunicar al Jefe de Estado Mayor del ejército correspondiente, por conducto reglamentario, la intención de desplazamiento al extranjero; pudiendo denegarse la autorización para viajar, en casos excepcionales motivados por situaciones de conflicto. La Orden 49/1997 suprimió esta comunicación, limitándola al jefe de la unidad de destino del militar.

La citada OM 170/96 derogó la anterior regulación por Orden 3/1986 de 17 de enero, cuyo artículo primero establecía que “todo el personal militar profesional de las Fuerzas Armadas en situación de actividad queda obligado a solicitar autorización para salir al extranjero cuando dicha salida no sea por razón del servicio”.

⁸³⁶ Artículo 218d ROFAS. “El militar tiene derecho a permisos periódicos, así como a los extraordinarios que por razones personales o familiares establezcan las disposiciones reglamentarias. En la determinación de la fecha de partida y duración se tendrá en cuenta las necesidades del servicio. Cuando las circunstancias lo exijan, el mando podrá ordenar la incorporación al destino”.

⁸³⁷ Véase Orden Ministerial 121/2006 de 4 octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los militares Profesionales de las Fuerzas Armadas (Modificada por Orden Ministerial 107/2007 de 26 julio). Está en línea con las últimas normas de la Administración General del Estado y deroga, entre otras, las Ordenes Ministeriales 36/1984 de 15 junio y 63/1987 que regulaban la concesión de permisos a Oficiales Generales y particulares, Suboficiales y personal asimilado.

caso, existe un marcado deber de presencia, que es reforzado en tiempo de guerra⁸³⁸.

A la vista de las Reales Ordenanzas, incluso existía la posibilidad de limitar la posesión y utilización de medios de comunicación social dentro de los recintos militares, por **razones de seguridad**, disciplina o cohesión⁸³⁹, así como de restringir la posesión y uso de cámaras fotográficas, grabadoras o aparatos análogos en dependencias militares, por razones de disciplina o seguridad⁸⁴⁰.

⁸³⁸ Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: [...] 29. Dejar de prestar servicio, amparándose en una supuesta enfermedad o prolongando injustificadamente la baja para el mismo, cuando no constituya infracción más grave o delito".

Véase CPM. TITULO SEXTO. Delitos contra los deberes del servicio. Artículos 107 a 129. En particular el CAPITULO III. Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar. SECCION 1.ª. Abandono de destino o residencia. Artículo 119 CPM. "El Oficial General, Suboficial o asimilado que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años".

SECCION 2.ª. Deserción. Artículo 120 CPM. "Comete deserción el militar no comprendido en el artículo anterior que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia o no se presentare a sus Jefes o a la autoridad militar, que corresponda o exista, pudiendo hacerlo, transcurrido el plazo de tres días, que se entenderá cumplido pasadas tres noches desde que se produjo la ausencia. En tiempo de guerra, se consumará la deserción a las veinticuatro horas. El desertor será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años. Si en tiempo de paz el desertor se presentará espontáneamente a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación de la deserción, será sancionado con la pena inferior en grado".

SECCION 3.ª Quebrantamientos especiales del deber de presencia. Artículo 121 CPM. "El militar que se ausentare injustificadamente frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión".

Artículo 122 CPM. "El militar que en circunstancias críticas se ausentare injustificadamente de la unidad donde preste sus servicios, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años".

Artículo 123 CPM. "El militar no comprendido en los artículos anteriores que se quedare en tierra injustificadamente a la salida del buque o aeronave de cuya dotación o tripulación forme parte será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años".

⁸³⁹ Artículo 179d ROFAS. "Los componentes de las Fuerzas Armadas tienen derecho a la posesión y utilización de medios de comunicación social dentro de los recintos militares. No obstante, cuando razones de seguridad nacional, exigencias de la disciplina o defensa de la unidad de las Fuerzas Armadas así lo requieran, podrá limitarse el ejercicio de este derecho por el Ministro de Defensa o, en caso de urgencia, por la autoridad militar competente, quien habrá de someter su decisión al refrendo de dicho Ministro".

⁸⁴⁰ Artículo 192d ROFAS. "La tenencia y utilización de cámaras fotográficas, grabadoras o aparatos análogos en recintos, buques, aeronaves o actividades militares podrán ser limitadas por razones de disciplina o seguridad. En todo caso requerirán autorización previa, que no se concederá para aparatos emisores. Para publicar o ceder fotografías o grabaciones realizadas en las circunstancias señaladas, será imprescindible el correspondiente permiso".

Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves:[...]3. La inexactitud en el cumplimiento de las normas sobre seguridad militar en materia de obligada reserva".

Existe una exigencia de **neutralidad**, política, sindical y de opinión⁸⁴¹. Es imprescindible contar con la autorización expresa de su jefe para reunirse en dependencias militares, siempre “para fines lícitos”⁸⁴².

En el plano más personal, el militar tiene obligación de dar conocimiento a su jefe de haber contraído matrimonio, derecho que podía limitarse por vía legal en circunstancias extraordinarias, según el tenor de las Reales Ordenanzas⁸⁴³.

4.2.2. c. La existencia de una relación personal.

En España es tradicional la proximidad del Monarca con las Fuerzas Armadas, de las que era su jefe nato, tanto en el absolutismo como en la tradición constitucional española, incluso con repuntes en la intensidad de esta relación⁸⁴⁴.

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: [...]10. Incumplir las normas de obligada reserva sobre asuntos del servicio, sin causar perjuicio grave a la seguridad militar. 11. Divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que solo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando no constituya delito. 12. Ocasionar o no impedir actos que supongan riesgo para la seguridad de una Fuerza o Unidad militar".

⁸⁴¹ Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves: [...]31. Expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales o que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia. 32. Prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: [...]34. Sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida, estar afiliado a alguna organización política o sindical, asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical, ejercer cargos de carácter político o sindical o aceptar candidaturas para ellos con las excepciones establecidas por las leyes".

⁸⁴² Artículo 180 ROFAS. "Los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que con carácter general o específico establezcan las disposiciones vigentes. En las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su jefe. En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: [...] 33. Participar en reuniones clandestinas, cuando no constituya delito. 34. Sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida, estar afiliado a alguna organización política o sindical, asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical...".

⁸⁴³ Artículo 183d ROFAS. "El militar podrá contraer matrimonio y fundar una familia, sin que el ejercicio de este derecho requiera autorización especial, ni pueda ser limitado salvo en circunstancias extraordinarias previstas en las leyes. Será preceptivo, no obstante, dar conocimiento a su jefe de haberlo efectuado". (Entendemos que por razones de gestión de la documentación personal, haberes, etc).

La mención hecha a la “autorización especial” no es casual, porque hasta la entrada en vigor de estas Reales Ordenanzas sí que era necesaria y se concedía o denegaba tras la obtención de los informes necesarios.

⁸⁴⁴ Recuérdese la Real Orden Circular de 14 enero 1914. "Autorizando a los Generales, jefes y oficiales para que, siempre que S.M. el Rey se digne honrarles, dirigiéndose a ellos, por carta o

Las Fuerzas Armadas forman una institución jerarquizada y esta **jerarquía** define en todo momento la situación relativa entre militares⁸⁴⁵. Jerarquía que trasciende hasta las relaciones personales, que se verán moduladas en función del destinatario, según sea jerárquicamente superior⁸⁴⁶, igual o inferior⁸⁴⁷, fomentando estas relaciones en beneficio del servicio⁸⁴⁸.

En el caso del superior jerárquico se remarca la especial atención al cuidado de sus subordinados y, en general, de **respeto** hacia los compañeros "tanto en los actos de servicio como fuera de él"⁸⁴⁹.

telegrama, puedan corresponder seguidamente en igual forma, sin intervención de persona alguna". Véase en Colección Legislativa del Ejército. Año 1914. Número 6, p.10.

⁸⁴⁵ Artículo 10 ROFAS. "Las Fuerzas Armadas forman una institución,[...] jerarquizada...".

Artículo 12d ROFAS. "El orden jerárquico castrense define en todo momento la situación relativa entre militares, en cuanto concierne a mando, obediencia y responsabilidad".

Artículo 4 LCM. Reglas de comportamiento del militar: "1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:[...] Octava.-Desempeñará sus cometidos con estricto respeto al orden jerárquico militar [...], que define la situación relativa entre sus miembros en cuanto concierne a mando, subordinación y responsabilidad.

Véase también LRPFAS: Artículo 10. Funciones. Artículo 11. Categorías y empleos militares.

Artículo 14. Grados militares. Artículo 16. Facultades y antigüedad en el empleo militar.

⁸⁴⁶ Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves:[...]12. La falta de respeto a superiores y, en especial, las razones descompuestas o réplicas desatentas a los mismos. [...]14. Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: [...]18. Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina [...] 20. La falta de subordinación, cuando no constituya delito".

⁸⁴⁷ Artículo 35 ROFAS. "Todo militar será respetuoso y leal con sus jefes, profesara un noble compañerismo, solo supeditado al bien del servicio, y mantendrá con sus subordinados un contacto personal que le permita conocer y atender sus inquietudes y necesidades, tratándoles con corrección, sin permitirse familiaridades en el servicio o fuera de el, que puedan afectar a su autoridad o prestigio. No prodigara las represiones, sino que las usara con un fundado motivo y siempre con justicia".

Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves: [...]16. Corregir a un subordinado de forma desconsiderada. 17. Ofender a un subordinado o compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves: [...]22. Realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros...".

⁸⁴⁸ Artículo 101 ROFAS. "Se granjeara el aprecio y confianza de todos con su competencia y discreción, fomentando el espíritu de colaboración e iniciativa en beneficio del servicio".

Artículo 102 ROFAS. "Mantendrá informados a sus subordinados del desarrollo de las operaciones y ejercicios en curso, así como de los planes y proyectos que les puedan afectar, en la medida que las circunstancias y la conservación del secreto lo permitan. Fomentara entre ellos, hasta donde le sea posible, el intercambio de información adecuada".

⁸⁴⁹ Artículo 73 ROFAS. "Ha de sentirse responsable de la moral, instrucción y adiestramiento de la unidad a que pertenece, de su buen funcionamiento y del cumplimiento de las órdenes recibidas, así como del cuidado de sus subordinados".

Artículo 74 ROFAS. Del cuidado de sus subordinados. "Todos los oficiales deberán basar las relaciones con sus compañeros en la educación y sentimientos de franca armonía, guardándose mutuo respeto, tanto en los actos de servicio como fuera de el".

Artículo 99 ROFAS. "Tratará de conocer a sus subordinados: cuidara solícitamente sus condiciones de vida, inquietudes y necesidades y velara por sus intereses, para que todos estén persuadidos de que se les trata con respeto y se les guarda la consideración que merecen".

Para potenciar las actitudes positivas y frenar las inconvenientes, se articula un sistema de **recompensas y sanciones**⁸⁵⁰.

En este entramado relacional donde la frontera entre lo profesional y lo personal puede llegar a difuminarse, es importante subrayar la existencia de **informes personales de calificación** periódicos para apreciar “las cualidades, méritos, aptitudes, competencia y forma de actuación profesional”, que junto al expediente de aptitud psicofísica, hoja de servicios y expediente académico, constituyen el historial militar de cada miembro de las Fuerzas Armadas⁸⁵¹. Tanto las calificaciones como las pruebas de aptitud física son anuales y cada vez tienen más trascendencia para la carrera profesional, ya que aportan datos objetivos para las **evaluaciones**, cuya finalidad es determinar la aptitud personal para el ascenso, seleccionar para la asistencia a cursos y la comprobación de las facultades profesionales o condiciones psicofísicas⁸⁵². En el caso de las calificaciones, la Ley 39/2007 de la carrera militar, ha corregido el retroceso que suponía el sistema de la LRPFAS (Artículo 99) por el que calificaba solamente el superior jerárquico, que además no las daba a conocer al interesado salvo que fueran excepcionalmente bajas, y ha vuelto al sistema anterior de tres calificadores que actúan colegiadamente y entre los que debe figurar el superior jerárquico, que además debe informar y orientar al interesado sobre su competencia y actuación profesional (Artículo 81 LCM)⁸⁵³.

Artículo 4 LCM. Reglas de comportamiento del militar: “1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:[...] Decimotercera.-Se comportará en todo momento con lealtad y compañerismo,...”.

⁸⁵⁰ Artículo 105 ROFAS. “Tanto en paz como en guerra, premiará a sus subordinados en justa proporción a los méritos, trabajos, servicios o acciones distinguidas, cuando aprecie una falta la corregirá, y si procede reprenderá al que la haya cometido, imponiéndole, en su caso, la sanción que corresponda”.

Véase Real Decreto 1040/2003 de 1 agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de recompensas militares.

⁸⁵¹ Véase LCM. Capítulo III. Historial militar. Artículos 79 al 84.

⁸⁵² Véase LCM. Capítulo IV. Evaluaciones. Artículos 85 al 87.

⁸⁵³ Artículo 81 LCM. Informes personales: “1. El informe personal de calificación es la valoración objetiva de unos conceptos predeterminados que permitan apreciar las cualidades, méritos, aptitudes, competencia y forma de actuación profesional del militar. Los informes serán realizados por juntas de calificación constituidas por tres calificadores de los que uno de ellos será el superior jerárquico del interesado. Por orden del Ministro de Defensa se establecerá la periodicidad de los informes y los casos en los que, en función de la estructura orgánica, el superior jerárquico actuará como único calificador...”.

Artículo 44 ROFAS. “Se esforzará en alcanzar una sólida formación moral e intelectual, un perfecto conocimiento de su profesión y una adecuada preparación física que le permitan cumplir sus misiones con la debida competencia y actuar con eficacia en el combate”.

4.2.2. d. La indeterminación de las prestaciones y la intensidad de las intervenciones coactivas.

En cuanto a la indeterminación de las prestaciones exigidas, se emplean **conceptos** con variable grado de indeterminación, como el “servicio a la Patria” (Artículo 2 ROFAS), la obligación de “mandar con responsabilidad y obedecer lo mandado” a que aboca la disciplina⁸⁵⁴, el “buen gobierno”⁸⁵⁵, el “ánimo

Artículo 217d ROFAS. "De acuerdo con lo que reglamentariamente se disponga, el militar de carrera será conceptuado periódicamente por sus cualidades, rendimiento y aptitud mediante calificaciones debidamente ponderadas y contrastadas, que facilitaran la selección de los mas aptos, su adecuación a los diferentes puestos, y estimularan al individuo a superarse. El calificado tendrá derecho a conocer los datos de sus evaluaciones personales, con las limitaciones reglamentariamente establecidas. Será sometido a reconocimiento psicofísico para determinar las condiciones de servicio en que se encuentra con la periodicidad que se determine".

Véase LRPFAS, en particular el TÍTULO VII. Historial militar y evaluaciones (Artículos 97 al 108).

Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves: [...]2. La negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto y la falta de interés en la instrucción o preparación personal".

Véase Real Decreto 1064/2001 de 28 septiembre, aprobando el Reglamento de Evaluaciones y Ascensos del Personal Militar Profesional y su desarrollo por Orden Ministerial 84/2002 de 5 mayo, por la que se establecen las Normas para la Evaluación y Clasificación del Personal Militar Profesional.

Parada Vázquez sostiene que “en los poderes calificadores y evaluadores descansa ahora el factor disciplinante de que dispone la jerarquía militar más que en los poderes sancionadores, como antes ocurría”, considera que la disciplina militar antaño cimentada sobre un concepto de justicia especialmente duro y contundente, para atajar cualquier desviación, ha perdido esta base y que actualmente “la única técnica que queda al mando militar y político para asegurar la disciplina en unos parámetros razonables es justamente el manejo del sistema de promoción y destinos”. Véase Prólogo de Parada Vázquez, en ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit. pp. 27-29.

⁸⁵⁴ Artículo 28d ROFAS. “La disciplina obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado”.

Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves:[...]2. La inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior. [...]4. La inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones de un servicio de armas o guardia de seguridad".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves:1. Dejar de observar por negligencia y en tiempo de paz una orden recibida, causando daño o riesgo para el servicio. [...]20. La falta de subordinación, cuando no constituya delito".

Artículo 138 CPM. "El militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión".

Véase también TÍTULO QUINTO. Delitos contra la disciplina. Artículos 91 a 106 CPM. (Sedición militar. Insubordinación. Abuso de autoridad).

⁸⁵⁵ Artículo 75 ROFAS. "El que estuviera al mando de una unidad será el responsable de su disciplina y buen gobierno. Cuidara de su instrucción y adiestramiento para mantenerla en condiciones de poder actuar con plena eficacia. En nada se separara de las ordenanzas. Sostendrá las facultades de cada empleo. Vigilara que todos sus subordinados sepan cumplir sus obligaciones, que el servicio se haga con la mayor puntualidad, que las armas y equipos se mantengan en el mejor estado, que se cuide la alimentación e higiene de la tropa y marinería y que todos tengan buen trato, pronta justicia, ánimo e interior satisfacción".

resuelto”⁸⁵⁶, la decisión más digna "de su espíritu y honor" o el "honor de las armas"⁸⁵⁷, la "moral de victoria"⁸⁵⁸ y el paradigmático Artículo 72 ROFAS:

“El oficial cuyo propio honor y espíritu no le estimulen a obrar siempre bien vale muy poco para el servicio; el llegar tarde a su obligación aunque sea de minutos; el excusarse con males imaginarios o supuestos a las fatigas que le corresponden; el contentarse regularmente con hacer lo preciso de su deber, sin que su propia voluntad adelante cosa alguna, y el hablar pocas veces de la profesión militar son pruebas de gran desidia e ineptitud para la carrera de las armas”⁸⁵⁹.

Es de resaltar el extenso e intenso empleo de conceptos jurídicos indeterminados en esta materia, en particular de los conceptos de valor⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ Artículo 125 ROFAS. "En todo momento del combate proseguirá la lucha con ánimo resuelto hasta conseguir el éxito, llegando, si es preciso, hasta el total agotamiento de sus medios".

Artículo 4 LCM. Reglas de comportamiento del militar: "1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:[...] Cuarta.-Estará preparado para afrontar, con valor, abnegación y espíritu de servicio, situaciones de combate, cualesquiera que sean las misiones de las Fuerzas Armadas en las que desempeñe sus cometidos y ejerza sus funciones".

CPM. TÍTULO SEXTO. Delitos contra los deberes del servicio. (Artículos 107-124). Cobardía. Deslealtad.

Artículo 107 CPM. "El militar que por cobardía abandonare su puesto frente al enemigo, rebeldes o sediciosos será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión y, si ejerciere mando, con la de quince a veinticinco, pudiendo imponerse la pena de muerte en tiempo de guerra. En las mismas penas incurrirá el que, por cobardía y en idénticas situaciones, rehusare permanecer o situarse en su puesto o incumpliere la misión encomendada".

⁸⁵⁷ Artículo 33 ROFAS. "En el cumplimiento de las órdenes ha de esforzarse en ser fiel a los propósitos del mando, con amor a la responsabilidad y espíritu de iniciativa. Ante lo imprevisto tomara una decisión coherente con aquellos propósitos y con la unidad de doctrina, debiendo en los casos dudosos elegir lo mas digno de su espíritu y honor".

Artículo 126 ROFAS. "Si es atacado en su puesto, no lo abandonara sin haber hecho toda la defensa posible para conservarlo en beneficio de la acción común y del honor de las armas, y de producirse un peligro permanecerá en el hasta haber agotado todos los medios a su alcance para remediarlo".

⁸⁵⁸ Artículo 128 ROFAS. "Todo mando en campaña ha de inspirar a sus hombres valor y serenidad para afrontar los riesgos; dedicara su capacidad y energía a conservar la moral de victoria la disciplina y el orden, y usara del máximo rigor con cualquiera que intente cejar en la acción, abandonar su puesto o desobedecer las órdenes recibidas".

⁸⁵⁹ Que se corresponde a la letra con el Artículo 12 (Título Decimoséptimo. ORDENES GENERALES PARA OFICIALES. Tratado Segundo) de las derogadas Ordenanzas de Carlos III (1768). Véase en ORDENANZAS DEL EJÉRCITO. Armonizadas con la legislación vigente (3ª edición corregida y aumentada). Imprenta y Litografía del Depósito de la Guerra. Madrid, 1899, p.107.

⁸⁶⁰ Los conceptos jurídicos indeterminados sirven para delimitar el ámbito de la realidad a que se refieren de manera precisa e inequívoca cuando las realidades concernidas no admiten una determinación previa. Delimitan una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en el enunciado de la norma, aunque es clara la intención de precisar el supuesto concreto subsumiendo la categoría legal en las circunstancias reales determinadas. Para esta tarea, se emplean conceptos de experiencia (incapacidad, premeditación, fuerza irresistible...) o de valor (buena fe, justo precio, conducta del buen padre de familia...). Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo (Tomo I)*, cit. pp. 455-461.

En cuanto a la intensidad de las intervenciones coactivas, que pesan sobre el ejercicio profesional, valga por todas el escueto Artículo 127 ROFAS: "El que tuviere orden absoluta de conservar su puesto, a todo trance lo hará"⁸⁶¹.

La ley disciplinaria contiene elementos de específicos de cierre, en forma de conceptos jurídicos indeterminados, para los supuestos de faltas leves⁸⁶².

4.2.2.e. La obediencia primada.

En los actuales ejércitos occidentales, la disciplina sigue siendo un valor innegable e indiscutible, pero la obediencia tiene ahora una importante matización o correctivo, porque aunque no se admite la discrepancia en cuanto a la valoración técnica u oportunidad de la orden recibida, -que emitida formalmente, debe ser puntualmente obedecida y cumplida sin perjuicio de su posterior o simultánea impugnación-, en paralelo se advierte la responsabilidad penal en que incurre el que cumpla una orden de contenido delictivo, imponiéndole el deber de desobedecer⁸⁶³. Esta corresponsabilidad en las consecuencias de una orden se extiende a todos los niveles de la jerarquía militar, pues sustituyó el antiguo

⁸⁶¹ Este Artículo también procede de las derogadas Ordenanzas de Carlos III. (Título Decimoséptimo. ORDENES GENERALES PARA OFICIALES. Tratado Segundo). Artículo 21: "El oficial que tuviere orden absoluta de conservar su puesto a todo trance, lo hará". En su momento fue objeto de debate entre los "ordenancistas" la variación del sentido de ambos textos por el cambio de posición de la coma. Véase en *ORDENANZAS DEL EJÉRCITO. Armonizadas con la legislación vigente* (3ª edición corregida y aumentada). Imprenta y Litografía del Depósito de la Guerra. Madrid, 1899, p.109.

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves:[...]3. Incumplir un deber militar por temor a un riesgo personal".

Véase CPM. TITULO SEXTO. Delitos contra los deberes del servicio. CAPITULO I. Cobardía. (Artículos 107 al 114).

⁸⁶² Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves:[...]34. Las demás que, no estando en los apartados anteriores, supongan inobservancia leve de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones que rigen la Institución Militar".

⁸⁶³ Artículo 34d ROFAS. "Cuando las ordenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión".

Artículo 4 LCM. Reglas de comportamiento del militar: "1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:[...] Undécima.-Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión".

Artículo 21 CPM. "Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal. No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución".

principio de obediencia ciega para quien obedezca, por el de corresponsabilidad con quien ordena, cuando lo que se manda sea manifiestamente delictivo o contrario a los usos de la guerra. Así pues, las Reales Ordenanzas perfilan un ejercicio del mando caracterizado por la plenitud de su autoridad, pero también de su responsabilidad ⁸⁶⁴.

Naturalmente, lo general es el deber de obediencia de las órdenes y las excepciones deben restringirse a sus justos términos, porque los preceptos del Código Penal Militar y las mismas Reales Ordenanzas, refuerzan la idea de disciplina y si se admiten estas excepciones es para robustecer aquella. El problema que se plantea es el de la capacidad del ejecutante para dilucidar la legitimidad o ilegitimidad de una orden, puesto que se trata de señalar desde la normalidad, condiciones para algo que se ejecutará en una situación de anormalidad, asociada a factores que dificultan un juicio sereno.

“El problema de la obediencia debida se resuelve al margen del viejo concepto de una ciega obediencia, para exigir al inferior que obedece una especial diligencia para que sus actos no comporten la manifiesta comisión de ilicitudes. La fórmula que figura en este Código Penal Militar no difiere de la establecida por las Reales Ordenanzas, a fin de evitar confusionismos y de puntualizar bien su adecuación al texto constitucional”⁸⁶⁵.

4.2.2.f. La voluntariedad en la prestación.

El acceso a la profesión militar se entiende como una llamada vocacional a la integración en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas y se produce mediante procedimientos regulados por ley, que respetarán los principios de igualdad, mérito y capacidad, y los demás principios rectores para el acceso al empleo público ⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ Artículo 84d ROFAS. "Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes y usos de la guerra o que constituyan delito".

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves:[...]13. Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio".

⁸⁶⁵ Preámbulo de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 diciembre, de Código Penal Militar (LOCPM).

⁸⁶⁶ Artículo 25 ROFAS. "Para vivir la profesión militar se requiere una acendrada vocación, que se desarrollara con los hábitos de disciplina y abnegación para alcanzar el alto grado de entrega a la carrera de las armas que la propia vocación demanda".

Artículo 206d ROFAS. "Son militares de carrera los oficiales, suboficiales y personal asimilado que forman los cuadros permanentes de los Ejércitos y han ingresado en las escalas correspondientes por los procedimientos selectivos señalados en la Ley".

Esta nota de voluntariedad, como argumento para sostener el recorte de derechos y libertades del sometido a una RdSE, fue mantenida por alguna doctrina, pero actualmente es criticada como insostenible, por tratarse de una renuncia a derechos con carácter general y permanente, así como por el carácter inherente a la persona de los derechos fundamentales y por tanto, genéricamente irrenunciables⁸⁶⁷.

4.2.2.g. La duradera y efectiva inserción del administrado.

El servicio de las armas es una opción de vida que no se abandona fácilmente, hasta el cese en la relación de servicios profesionales, que se producirá por el pase a retiro, que se declarará de oficio o a instancia de parte, con carácter voluntario o forzoso, en supuestos tasados (Artículo 114 LCM).

Las situaciones administrativas se adaptan en lo posible al estatuto básico del empleado público, pero se mantiene la situación de reserva como específica del militar. Seis son las **situaciones administrativas** en que puede encontrarse

Artículo 87d LRPFAS. Adquisición de la condición de militar de carrera. "1. La condición de militar de carrera se adquiere al obtener el primer empleo militar, que será conferido por Su Majestad el Rey y refrendado por el Ministro de Defensa, e incorporarse al Cuerpo y Escala correspondientes".

Artículo 76 LCM. Adquisición de la condición de militar de carrera: "1. La condición de militar de carrera se adquiere al incorporarse a una escala de oficiales o de suboficiales con la obtención del primer empleo militar, una vez superado el plan de estudios correspondiente y obtenida la titulación exigida. 2. El primer empleo militar de cada escala de oficiales o de suboficiales será conferido por el Rey y refrendado por el Ministro de Defensa. 3. También adquieren la condición de militar de carrera los militares de tropa y marinería cuando, [...], accedan a una relación de servicios de carácter permanente.

Artículo 208d ROFAS. "La selección de aspirantes a la carrera de las armas se hará de conformidad con el principio de igualdad de oportunidades en las condiciones establecidas por la Ley".

Artículo 63d LRPFAS. "Sistemas de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación. 1. El ingreso en los centros docentes militares de formación se efectuará mediante convocatoria pública a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición libres, en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad".

Artículo 56 LCM: "Requisitos generales para el ingreso en los centros docentes militares de formación. 1. El ingreso en los centros docentes militares de formación se efectuará mediante convocatoria pública a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición libres, en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los demás principios rectores para el acceso al empleo público [...]". Véase LCM. CAPÍTULO III. Acceso. Artículos 56 al 63.

Véase Real Decreto 1385/90, de 8 noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional.

el militar de carrera: servicio activo, servicios especiales, excedencia, suspenso de funciones o de empleo y reserva⁸⁶⁸.

La situación de **excedencia** tiene diferente tratamiento según la motive el pase a prestar servicio activo en otro cuerpo o escala de cualquiera de las Administraciones Públicas o en organismos o entidades del sector público, cuando no les corresponda otra situación, o bien se solicite por interés particular.

En el primer caso se fijará reglamentariamente un tiempo mínimo de servicios para poder acceder a esta situación, que no podrá ser superior a ocho años, guardará una proporción adecuada a los costes y duración de los estudios realizados y tendrá presente las necesidades del planeamiento de la defensa. El segundo caso se concreta en las excedencias por agrupación familiar, cuidado de un familiar y, para la mujer militar víctima de violencia de género, el tiempo mínimo se alarga a doce años. En estos supuestos, el militar profesional que pase a la situación de excedencia tiene en suspenso su condición militar y no estará sujeto al régimen específico de derechos y deberes, ni a las leyes penales y disciplinarias militares⁸⁶⁹.

El régimen de **suspensión** de los militares, respecto a otros colectivos como la judicatura o los funcionarios, presenta diferencias en cuanto al tratamiento económico y en que la suspensión de funciones se plantea en la Ley de Carrera Militar como una situación administrativa *ad hoc*, que podrá acordar el Ministro de Defensa como consecuencia del procesamiento, inculpación o adopción de alguna medida cautelar, contra el imputado en un procedimiento penal o por la incoación de un expediente gubernativo⁸⁷⁰. El Ministro de Defensa determinará expresamente si la suspensión conlleva el cese en el destino y, en cualquier caso, el suspenso de funciones quedará inmovilizado en su escalafón sin que se le compute el tiempo a efectos de servicio, trienios y derechos pasivos, aunque estos efectos se repararán en caso de resultar sin responsabilidad.

⁸⁶⁷ Peñarrubia Iza, insiste en la necesidad de encontrar una justificación jurídica a la teoría del voluntarismo de la sujeción. Véase en PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. p.91.

⁸⁶⁸ Artículo 107 LCM. Situaciones administrativas: “[...]2. A la situación administrativa de reserva solo podrán acceder los militares de carrera. [...] 4. El militar en cualquier situación administrativa, salvo en los casos en que así se especifica, está sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares.

⁸⁶⁹ Véase Artículo 110 LCM. Situación de excedencia.

⁸⁷⁰ Véase Artículo 111 LCM. Situación de suspensión de funciones.

Por otra parte, en los colectivos citados, la gradación ascendente del rigor de la medida no sale del ámbito de la suspensión que será provisional o definitiva, mientras que en el caso militar existe una gradación entre dos situaciones diferentes, la suspensión de funciones y la suspensión de empleo (que es una situación administrativa más gravosa)⁸⁷¹.

Con carácter general, para los oficiales y suboficiales el pase a la situación de **reserva** se produce a los sesenta y un años, aunque también se puede dar por otros supuestos como el haber cumplido un número determinado de años en el empleo más alto de cada escala y haber cumplido cincuenta y ocho años. Además existe la posibilidad de pasar a la situación de reserva a petición propia, en los cupos que autorice periódicamente el Ministro de Defensa para los distintos empleos o escalas, de acuerdo con las previsiones del planeamiento de la defensa militar, una vez cumplidos veinticinco años de tiempo de servicios. Y para los Generales, existe la posibilidad de pase a esta situación por decisión del Gobierno, mediante Real Decreto, acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa.

La situación de reserva permite pasar a las otras situaciones excepto a la de servicio activo. Es la última etapa antes del retiro o jubilación y es irreversible aunque permite participar aún en actividades del servicio, ya que reglamentariamente se determinarán los destinos que podrán ocupar los militares profesionales en situación de reserva, así como su carácter y régimen de asignación y permanencia. Igualmente, se determinarán las condiciones y circunstancias en la que podrán ser designados para desempeñar comisiones de servicio de carácter temporal. Por último, también es posible pasar a esta situación con carácter forzoso o anuente⁸⁷².

El empleo militar constituye una propiedad y el cese en la relación de servicios profesionales por la **pérdida de la condición** de militar de carrera solo podrá producirse por alguna de las causas siguientes: renuncia, pérdida de la

⁸⁷¹ Véase Artículo 112 LCM. Situación de suspensión de empleo.

Véase GARCÍA PAZOS, David: "La suspensión de empleo y de funciones como situaciones administrativas de los militares tras la Ley 17/1989 de 19 julio, reguladora del régimen del personal militar profesional", en *La ley reguladora del régimen del personal militar profesional (Cuatro cuestiones concretas)*, Cuadernos de Estrategia nº.24, marzo 1991, Ministerio de Defensa, CESEDEN, Madrid, pp. 53-65.

⁸⁷² Véase Artículo 113 LCM. Situación de reserva.

nacionalidad española, pena principal o accesoria de pérdida de empleo, inhabilitación absoluta o inhabilitación especial para empleo o cargo público, o sanción disciplinaria firme de separación del servicio⁸⁷³.

También es posible renunciar a la condición de militar, pero está sujeta a la necesidad de acreditar haber cumplido el tiempo de servicios que reglamentariamente se determine o, de no tenerlo cumplido y mediando un preaviso de seis meses, resarcir económicamente al Estado. Este tiempo se fijará en relación con los costes y duración de los estudios realizados, tendrá presente las necesidades del planeamiento de la defensa militar y no podrá ser superior a diez años. Para el caso de no haber cumplido el tiempo de servicio mínimo fijado para renunciar y pese a ello persistir en la pretensión, existe la posibilidad de resarcir económicamente al Estado, en una cantidad que fijará el Ministro de Defensa, según el caso, teniendo en cuenta el tiempo de servicio cumplido y el coste de la formación recibida. En cualquier caso la renuncia no se podrá conceder hasta que el interesado abone la cuantía que se determine como indemnización⁸⁷⁴.

4.2.2. h. **El fin de eficacia administrativa como justificación de la relación.**

⁸⁷³ Artículo 209d ROFAS. "El empleo militar, conferido con arreglo a la Ley, constituye una propiedad con todos los derechos establecidos. Solo podrá perderse por renuncia voluntaria, en virtud de sentencia firme de tribunal competente o pérdida de la nacionalidad española". Véase Artículo 116 LCM. Pérdida de la condición de militar de carrera. Que sustituye al derogado. Artículo 146 LRPFAS. Pérdida de la condición de militar.

Véase también CPM. TITULO TERCERO. De las penas. CAPITULO III. Efectos de las penas. Artículo 30 CPM. "La pena de pérdida de empleo, aplicable a militares profesionales, producirá la baja del penado en las Fuerzas Armadas con privación de todos los derechos adquiridos en ellas, excepto los pasivos que pudieran corresponderle, quedando sujeto a la legislación sobre servicio militar obligatorio y movilización en lo que pudiera serle aplicable. Esta pena es de carácter permanente. Los que la sufren no podrán ser rehabilitados, sino en virtud de una Ley".

Véase Ley 51/1982, de 13 julio (BOE nº.181 de 30/07/82), de modificación de los Artículos 17 al 26 del Código Civil.

Artículo 23 CPM. "No se perderá la nacionalidad española en virtud de lo dispuesto en este artículo, si España se hallase en guerra".

Artículo 24 CPM. "Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad: 2. Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo público en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno".

⁸⁷⁴ Véase Artículo 117 LCM. Renuncia a la condición de militar de carrera. Que sustituye al derogado. Artículo 147 LRPFAS. Renuncia a la condición de militar.

Artículo 147 LRPFAS. Renuncia a la condición de militar.

“...no cabe duda de que el militar debe tener un régimen específico para un mejor cumplimiento de su misión, como se deduce de nuestra propia Carta Magna, que refrenda las singularidades de las Fuerzas Armadas. No obstante, no puede ser ajeno a los planteamientos que con carácter general definen la función pública y el sistema educativo general, por lo que se ha tratado de compatibilizar en lo posible el régimen militar con las disposiciones legales que regulan los anteriores”. (Exposición de motivos Ley 17/1999 LRPFAS).

La finalidad de las Fuerzas Armadas se expresa en las misiones encomendadas en el Artículo 8 del texto constitucional y su última razón de ser es la defensa militar de España, por lo que la eficacia en el empleo de los medios es un imperativo exigido por la trascendencia de estas misiones.

El afán por la consecución de esta eficacia es patente en la legislación específica militar. Para alcanzarla en todas sus facetas, las Reales Ordenanzas articulan instrumentos como la sólida formación moral e intelectual, el perfecto conocimiento de la profesión y la adecuada preparación física; la vigilancia sobre las irregularidades que puedan perjudicarla; el esmero en el cumplimiento de los deberes; el cuidado en la instrucción y adiestramiento de las Unidades; el velar porque cada uno puedan ejercer de modo real y efectivo las funciones que le correspondan, sin absorber ni invadir las competencias ajenas; emplear a cada cual en los puestos y cometidos reglamentariamente establecidos y del modo más adecuado a sus aptitudes; sostener un estrecho enlace y contacto con los subordinados; actuar con abnegación, espíritu de sacrificio, competencia profesional, capacidad de trabajo y experiencia en la tarea encomendada, manteniendo la discreción más absoluta⁸⁷⁵.

⁸⁷⁵ Artículo 3 ROFAS. "La razón de ser de los Ejércitos es la defensa militar de España y su misión garantizar la soberanía e independencia de la Patria, defender la integridad territorial y el ordenamiento constitucional".

Artículo 8d ROFAS. "Mediante la constante preparación de los mandos y el continuo adiestramiento de las unidades, las Fuerzas Armadas alcancen el más eficaz empleo de los medios de que estén dotadas para cumplir sus trascendentales misiones".

Artículo 10 ROFAS. "Las Fuerzas Armadas forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción". Véase también Artículos 44, 47, 51, 75, 97, 98, 103, 152, 162 ROFAS.

Artículo 7 LORDFAS. "Son faltas leves: 1. La negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto y la falta de interés en la instrucción o preparación personal. [...]34. Las demás que, no estando en los apartados anteriores, supongan inobservancia leve de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones que rigen la Institución Militar".

La eficacia de la organización se hace gravitar, en gran medida, sobre la profesionalidad y dedicación de los militares. La eficacia operativa se asegura mediante las oportunas directrices para orientar la preparación de las Fuerzas Armadas, que corresponde dictar al Jefe de Estado Mayor de la Defensa. Asimismo, la finalidad del régimen de ascensos es asegurar la disponibilidad de los profesionales con las aptitudes y experiencia adecuadas para conseguir la máxima eficacia y cohesión de las Fuerzas Armadas⁸⁷⁶.

4.2.2. i. Un régimen jurídico y disciplinario peculiar.

Es peculiar la existencia de un régimen jurídico propio, que en el ámbito penal amplía los tipos comunes, y con una completa **ley disciplinaria**, extendiéndose en ambos campos a la represión de las conductas deshonrosas o indignas⁸⁷⁷.

"La justicia debe imperar en los Ejércitos de tal modo que nadie tenga nada que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad" (Artículo 14 ROFAS).

"Esta ley tiene muy en cuenta que quien se incorpora a las Fuerzas Armadas adquiere condición militar y queda sujeto a un régimen específico". (Ley 39/2007, de la carrera militar. Preámbulo).

La ley disciplinaria militar parte de dos fundamentos, un principio jerárquico, por el que todo militar tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los inferiores, le estén o no subordinados; y otro funcional, que exige al superior tener potestad sancionadora para la imposición de la sanción, conforme a lo dispuesto en la propia ley disciplinaria⁸⁷⁸. Existe una gradación en la actuación, primero corrección de la infracción y luego sanción, si procede. No obstante el peso de los bienes protegidos (disciplina y subordinación) es de tal importancia,

Artículo 8 LORDFAS. "Son faltas graves:[...]2. Incumplir los deberes militares propios del destino o puesto que se desempeñe cuando no constituya infracción más grave o delito. [...]4. Incurrir en negligencia en la preparación, instrucción y adiestramiento de las fuerzas o personal subordinado". Véase también TÍTULO QUINTO. Delitos contra la disciplina. Artículos 91 a 101 CPM (Sedición militar. Insubordinación).

⁸⁷⁶ Véase LCM. Preámbulo (IV) y Artículos 10, 20 y 88.

⁸⁷⁷ Artículo 198d ROFAS. "Los delitos y faltas cometidos por militares, así como las conductas deshonrosas o indignas, se corregirán o juzgarán con arreglo a lo dispuesto en el Código de Justicia Militar y demás Leyes Penales, según proceda".

Véase en general, Artículo 7 LORDFAS (faltas leves) y Artículo 8 LORDFAS (faltas graves). Artículo 9 LORDFAS (sanciones).

⁸⁷⁸ Véase (Doctrina) STS 15 abril1991. Sala de lo Militar. Ponente, Sánchez del Río Sierra.

que si la naturaleza y circunstancias de la infracción lo exigen, el superior puede ordenar el arresto inmediato del infractor durante un máximo de cuarenta y ocho horas, dando cuenta a la autoridad o mando con potestad disciplinaria⁸⁷⁹.

Una manifestación de la singularidad disciplinaria del militar se percibe en la aplicación del principio *non bis in ídem*, siendo determinante para justificar la duplicidad de sanciones que con la sanción extraordinaria se proteja un interés jurídico distinto al tutelado con las sanciones ordinarias y que la sanción sea proporcionada a dicha necesidad de protección adicional⁸⁸⁰.

Incluso el sistema de **recursos** presenta sus modulaciones, como es el caso de la inviabilidad del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra los actos definitivos en vía disciplinaria sancionadores de faltas leves, ya que el trámite ordinario de este recurso afectaría a la inmediatez con que debe restablecerse la disciplina, lo que no es obstáculo para que aquellas sanciones

⁸⁷⁹ Véase Artículo 26 LORDFAS. Competencia sancionadora.

⁸⁸⁰ Véase STC 159/1985 de 27 noviembre, FJ 3: "El principio *non bis in ídem*, [...], no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa. Esta omisión textual no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque el principio en cuestión, como ha señalado este Tribunal desde su Sentencia 2/1981,[...], está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 de la norma fundamental. Es cierto que la regla *non bis in ídem* no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta".

Véase STC 270/1994 de 17 octubre, FJ 6, en la que a cuenta de la aplicación del principio *non bis in ídem* se dice lo siguiente: "A la luz de la Constitución habría por consiguiente que expulsar del ordenamiento jurídico todo supuesto de sanción penal o administrativa que viniere fundamentada no en la realización de una determinada conducta prohibida, claramente determinada o cuando menos determinable, sino en la presencia de una cierta «tipología de autor». Tal fundamento, propio del Derecho penal y administrativo sancionador de los regímenes totalitarios, no se compadece con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de culpabilidad por el hecho, que, por el contrario, caracterizan a dichos conjuntos normativos en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro. Para imponer una sanción administrativa acorde con los postulados que ineludiblemente se desprenden de esta última forma de organización no basta, pues, con la presencia de un cierto modo de vida, por muy censurable que sea, si no va acompañado de actos externos mediante los que se lesione o ponga en peligro un interés jurídicamente protegido".

También STC 116/1993 de 29 marzo, FJ 3, en la que declaró que del derecho a la legalidad de la sanción administrativa consagrado en el art. 25.1 C.E. no solo se deriva la exigencia de reserva de Ley en este ámbito, sino también la garantía de orden material que se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa, con suficiente grado de certeza y precisión, de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones, lo que, en principio, se opondría a toda definición de dichas conductas en términos que, por su amplitud o vaguedad, dejen a las mismas en la más absoluta indefinición, tales como «forma de vida», «actividades que desarrollen», «conducta que observen», «relaciones que mantengan» u «otras causas análogas».

por faltas leves que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales, puedan impugnarse a través de un procedimiento de tramitación preferente y sumario⁸⁸¹.

El ejercicio de los **derechos fundamentales** presenta limitaciones por la presencia de bienes básicos para la Institución, que es preciso preservar, incluso imponiendo a sus miembros restricciones mayores que al resto de los ciudadanos

"...sin merma del principio de igualdad y siempre que la restricción esté justificada por causas razonables, sea proporcional a los fines que se pretenden conseguir con ella y se regule por ley, que deberá ser orgánica por imperativo de la norma constitucional"⁸⁸².

Además de las propias del ámbito penal y disciplinario, que constituyen un régimen específico, existen algunas especialidades en otras normas, como las del Código Civil relativas al testamento militar (Artículos 716 al 721)⁸⁸³.

El Tribunal Constitucional ha reconocido la necesidad de un régimen jurídico singular para el personal integrado en la Institución, que junto a una específica forma de organización, son exigencias para el cumplimiento de las misiones impuestas a las Fuerzas Armadas por el Artículo 8 CE, sin que la diversidad sancionadora y la diferencia de tratamiento penal que esto implica lesione el principio de igualdad del Artículo 14 CE⁸⁸⁴.

⁸⁸¹ Así lo afirmó el Tribunal Supremo en STS de 1 octubre 1990 (Doctrina), en la que la Sala de lo Militar trató, por primera vez, la posibilidad de recurrir contra las sanciones impuestas a los militares por faltas disciplinarias leves, afirmándose en la sentencia, de una parte, la inviabilidad del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra los actos definitivos en vía disciplinaria sancionadores de faltas leves, por estimar que la disciplina debe ser restablecida de modo inmediato y dado el carácter atenuado y leve de las sanciones previstas en la ley; y de otra, la impugnabilidad, a través de un procedimiento de tramitación preferente y sumario, de las sanciones que recaigan por faltas leves, cuando las mismas afecten al ejercicio de los derechos fundamentales (Ponente: Tejada Gonzalez, L.).

⁸⁸² Véase (Doctrina) STS de 11 octubre 1990. Sala de lo Militar. Ponente, Jiménez Villarejo, J: "...en una Institución fuerte e indispensablemente jerarquizada como la castrense [...], la unidad tiene tan primordial importancia que no es concebible se admita la manifestación normalizada del conflicto, como si su solución pudiera encomendarse a los propios actores del mismo, y mucho menos que aquéllos se dirijan a la opinión pública en aparente demanda de apoyo. Simultanear, con el recurso legalmente establecido, la protesta paralela ante los medios de comunicación social, en la medida en que supone un planteamiento del conflicto fuera del único cauce admisible, pone en peligro la unidad en que descansa básicamente todo ejército bien organizado y quebranta de forma grave el valor de la disciplina"..

⁸⁸³ Artículo 716 C.Civil. "En tiempo de guerra. Los militares en campaña,[...], podrán otorgar testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán". Artículo 720 C.Civil. "Durante una batalla, asalto, combate y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos. Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó".

⁸⁸⁴ Véase STC 107/86 de 24 julio (FJ 3 y 4): "3. Por lo que se refiere a la diferencia de tratamiento penal de unos mismos hechos, basada en la pertenencia o no a unos determinados colectivos, el legislador podrá, en principio, anudar sanciones distintas a actuaciones similares teniendo en

4.2.2. j. **Un factor extrajurídico, la idiosincrasia militar.**

“El objetivo es, partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus valores como tal durante su permanencia en las Fuerzas Armadas, convertirlo en un excelente servidor público y hacerlo militar, es decir, depositario de la fuerza y capacitado y preparado para usarla adecuadamente”. (Ley 39/2007, de la carrera militar. Preámbulo).

Desde un punto de vista sociológico, que la posición del militar profesional en la sociedad es diferente de la del ciudadano común no merece mayor justificación por evidente, pero aún sin pretender profundizar en esta dirección, puesto que estas paginas pretenden una visión de esa diferencia desde un punto de vista jurídico-constitucional y dado que la realidad es compleja, no estorbará al conjunto algunas líneas que ayudarán a la mejor comprensión del *estatus* del militar que, además de los aspectos jurídico-políticos, está condicionado por otros de los que los siguientes son una muestra⁸⁸⁵.

La **ética militar** presenta características propias dentro del conjunto de las éticas profesionales. Su estudio y comprensión es difícil, aún disponiendo de un esquema teórico como es la consideración de la ética desde el punto de vista estatutario, concebida como “una manifestación del *estatus* de un grupo que se atribuye un ‘servicio’ determinado”, que puede ser adecuado para entender la ética militar como “coherente con las exigencias de un grupo que persigue objetivos de interés general y que basa en ella su *estatus* particular”. Pero las bases tradicionales de la ética militar, se ven alteradas por la incidencia de normas ajenas a su entorno tradicional, con exigencias de organización, aptitud, convivencia y eficacia de corte netamente civil, más prácticos, más interesados en

cuenta la diversa naturaleza y funciones de las distintas categorías u órdenes de funcionarios públicos, siempre que tal diversidad sancionadora tenga su fundamento en la voluntad de proteger la peculiaridad de esa naturaleza y funciones, y dentro de los límites de razonabilidad ya señalados. 4. Estas consideraciones resultan eminentemente aplicables a los miembros de la Institución militar, a la que la Constitución, en su art. 8, asigna un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización, y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución. Como consecuencia de ello, el legislador puede introducir determinadas peculiaridades en el Derecho Penal militar que supongan una diferenciación del régimen penal común, peculiaridades que hallan su justificación en las exigencias de la organización militar en los términos señalados, como ya declaró este Tribunal en su Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre, fundamento jurídico 2.^o”.

el contenido que en la forma, con una exigencia de resultados, con base en la colaboración mas que en el sacrificio individual. Es decir, que los fundamentos tradicionales de la ética militar hay que confrontarlos con la realidad y que es difícil concretar la naturaleza de la ética militar contemporánea, para “determinar si la ética del honor puede conciliarse con la demanda de profesionalidad y en caso afirmativo, de qué forma puede realizarse tal conciliación”⁸⁸⁶.

Las exigencias que pesan sobre la vida del militar de carrera, con frecuencia exceden sus deberes y, siendo la cohesión un presupuesto necesario para la eficacia, eso se potencia mediante una reglamentación detallada de régimen de vida.

Quizás el rasgo mas acusado de la transformación de las Fuerzas Armadas en las sociedades occidentales sea su marcada tendencia a la especialización profesional, presionada en parte por la evolución tecnológica posterior a la Segunda Guerra Mundial.

La especialización técnica de los miembros de las Fuerzas Armadas puede llevar a la impresión engañosa de que el espíritu guerrero (el *fighter spirit* de Janowitz) ya está obsoleto, apreciación que está lejos de la realidad. Lo que sí han conseguido las nuevas tecnologías aplicadas a la guerra, es “socializar el peligro”, aproximar en riesgo a civiles y militares. Janowitz analiza la profesión bajo tres consideraciones del militar, como élite, como gestor y desde el punto de vista “heroico” o de persistencia del “espíritu de combate”. Afirma que la relación civico-militar está dominada por estereotipos, “los civiles suelen ver a los militares como disciplinados, inflexibles, bruscos, directos, intransigentes y no preparados para el compromiso político”⁸⁸⁷. En la misma línea, el militar tendería a considerar que el civil posee unos estándares morales y sociales diferentes.

⁸⁸⁵ En línea con la opinión de Jiménez Villarejo, ya expuesta, de que la realidad socio-política en la que actúa y el marco constitucional, son los dos presupuestos necesarios para la recta comprensión de la especialidad estatutaria del militar.

⁸⁸⁶ Véase PRANDSTRALLER, G.P: *La profesión militar en Italia*, Ministerio de Defensa. Madrid, 1990, pp. 60-63.

⁸⁸⁷ JANOWITZ, M: *El soldado profesional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990, p.14.

La primera edición es de 1960, actualizada en 1974 ante los efectos de la supresión del servicio militar obligatorio, en Estados Unidos de América, cuyo Ejército es el protagonista. Por esto sus conclusiones deben filtrarse para su adaptación a la realidad española marcada por la no participación en las dos guerras mundiales, la influencia de la guerra 1936-39, el aislamiento internacional hasta la década de los cincuenta y la transición hacia la democracia.

Considerar a los militares como “profesionales de la violencia”, es una simplificación inaceptable, que de ser cierta supone un peligro latente en cualquier sociedad democrática. Por eso es importante encorsetar la actuación militar dentro de normas morales estrictas, adquiridas y perfeccionadas a través de una educación singular, que dote a sus miembros de un sistema ético indispensable y propio, lo que se ha llamado “ética militar”.

Para hacer frente a las posibles acciones disgregadoras de la disciplina, es necesario reforzar la cohesión, el espíritu de cuerpo, que no es tributario directo de la autoridad y disciplina sino de la lealtad mutua entre los miembros del grupo en torno a unos principios, ideales o valores comunes. La cohesión con esta base se revelará más sólida, pese a las apariencias, que la impuesta por vía jerárquica⁸⁸⁸.

Uno de los puntos sobre los que gira la compleja problemática que plantea la **ideología militar**, es que las ideas políticas y sociales de los oficiales, como propias del grupo militar, “pueden influir en muchos aspectos de la acción de las fuerzas armadas y condicionar su orientación con respecto a la sociedad civil”⁸⁸⁹.

Las ideas políticas están ligadas a las concepciones éticas de modo que a veces es difícil diferenciar. Huntington engloba ambos conceptos en su *military mind* y señala que las claves de las inclinaciones ideológicas básicas de los militares están en el conservadurismo y el realismo. El conservadurismo, habremos de entenderlo como “resistencia al cambio” y está muy vinculado al contexto histórico. En cuanto al realismo, Huntington subraya el juicio pesimista que sobre la naturaleza humana tienen los militares, basado en la desconfianza sobre las buenas cualidades del hombre, en la línea de Hobbes. Son manifestaciones de ese realismo fatalista, la creencia en que la guerra es, en última instancia, inevitable y su abolición una utopía. El realismo es una base más firme para el estudio de la ideología militar que el conservadurismo, porque la agresión entre grupos humanos es la mera constatación de una realidad histórica y, siendo la paz es un estado deseable, la realidad obliga a estar siempre preparados.

⁸⁸⁸ Véase el ya citado Documento “Principios del nuevo estilo de mando”.

⁸⁸⁹ PRANDSTRALLER, G.P: *La profesión militar en Italia*, cit. pp. 69-72.

En cuanto a los **valores**, la ambigüedad del término es evidente. Desde un punto de vista social podemos verlos como el conjunto de ideas y actitudes que, gozando de un reconocimiento y estima mayoritaria, orientan y explican las conductas públicas y privadas. Los valores sociales tienen un triple fundamento, las creencias existenciales acerca del mundo, las motivaciones personales y las relaciones con los demás.

El mundo de los valores es muy complejo y con un fuerte componente de historicidad, de cambio, en el seno de una estructura social dinámica. En el ámbito personal o en el de grupo, los valores se agrupan y jerarquizan, constituyendo una “escala de valores”.

Se acepta comúnmente que los ejércitos son conservadores y esta característica está ligada a la mentalidad militar y a su específica escala de valores⁸⁹⁰.

La profesión militar aún mantiene una cierta tendencia a llenar la vida del profesional, de modo que el término “condición” militar quizás sea más omnicomprendivo que el de “profesión”. Pero los militares no son un bloque monolítico. Más que conservadora, la Institución es resistente al cambio en lo referente a su escala de valores, por lo que cambiar cuesta más y los efectos son más duraderos. En cualquier caso, pese a las peculiaridades y cierta autosuficiencia, pretender aislarse hoy sería irracional e incluso difícil.

Fernández Segado⁸⁹¹ percibía el cambio en dos direcciones, el cambio sociocultural, que afecta a la escala de valores en cuanto a la exaltación de una filosofía materialista con la quiebra de los valores tradicionales y el proceso de secularización, impulsados por el rápido avance tecnológico, que en la organización militar moderna se traduce en la llamada “eclosión de los servicios”, que resta homogeneidad y que presenta el peligro cierto de que el militar no se

⁸⁹⁰ En una encuesta a un grupo de jóvenes oficiales europeos a los que se preguntó cuáles son los valores que influyen en la actitud del soldado profesional frente a una alternativa de orden moral en caso de conflicto, contestaron mayoritariamente que el derecho a la vida es el valor supremo, pero también afirmaron que, en caso de amenaza exterior, estarían dispuestos a arriesgar su vida para defender su familia, su Patria y su dignidad personal, por ese orden. Sintiendo con derecho a arriesgar, además de la propia, la vida de sus soldados para obtener la victoria en el combate. (Revista Militar Suiza nº.2, 1999).

⁸⁹¹ Véase FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El perfil diferencial de la escala de valores de la Institución militar", *Revista de Estudios Políticos* nº.51, mayo-junio 1986, pp.116-126. (El autor advierte que el pensamiento militar que aquí se manifiesta está basado preferentemente en los

vea en términos de combatiente, sino solo como “sirviente experto de un sofisticado sistema de armamento”.

El Tribunal Constitucional se ha referido al sistema de valores de la Institución militar en diversas ocasiones y lo realmente importante es que los asume como principios de vertebración para la peculiar caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas⁸⁹².

4.3. RECAPITULACIÓN.

Se puede buscar un antecedente remoto de las **relaciones de sujeción especial** en la relación de vasallaje medieval, en la que se confundían las posiciones de vasallo y subordinado, con las de señor y superior jerárquico.

Mas tarde, en el sistema constitucional dualista propio del liberalismo decimonónico, la doble legitimidad del principio monárquico permitió la existencia de dos esferas de relaciones diferenciadas, de un lado, la del ejecutivo (monarca) con ciertas categorías de personas sujetas a él con lazos estrechos en razón del cometido o función que desempeñaban y de otro, las relaciones generales que desde el legislativo se propugnaban para todos los ciudadanos sin distinciones, relación general cuya principal concreción individual era la posesión y disfrute de los derechos y libertades fijados en el texto constitucional vigente en cada caso, sin mas trabas que las previstas constitucionalmente.

Esta soberanía compartida, propia del principio monárquico, revestía de legitimidad a los *estatus* especiales que, al calor de este enfoque, se fueron diferenciando para ciertas categorías de ciudadanos que tenían en común una mayor restricción en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas, situación para la que se daban distintas justificaciones. La más común

contenidos de la revista “Reconquista” publicados desde junio 1978 a noviembre 1984, a la que no atribuye el monopolio del pensamiento de los profesionales militares en España).

⁸⁹² ATC 446/84, FJ 7: “...la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense, dentro de la que se destaca la condición o *estatus* de militar, como particular manera de ser o actuar en pro de altos fines, que comporta la sujeción a un sistema normativo en que se imponen de forma muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión sin originar un sensible desvalor, cual sucede con el honor profesional e inmaterial de una institución como la militar, que no acepta los móviles que estima deshonrosos y que inciden en el sistema de disciplina y respeto por el que se rige, y que es preciso reservar,...”.

era la pertenencia a la esfera interna de la Administración, donde esta poseía de un amplio poder de organización, tan intenso que llegaba a negar a los sometidos la vigencia del principio de legalidad en este ámbito y la carencia de derechos fundamentales y libertades públicas total o parcialmente, que para estos efectos debían pasar por el filtro de las normas de la propia Administración, en una especie de interpretación o adaptación de lo dispuesto en el texto fundamental. Había otras como la nota de voluntariedad del administrado, que se suponía llevaba implícita la renuncia a ciertos privilegios o libertades que estaban al alcance del ciudadano común, a los que se renunciaba al entrar voluntariamente en la organización administrativa, en aras de una mayor eficacia en el funcionamiento y la consecución de los fines de esta.

De manera que parece como si la proclamación constitucional de derechos y libertades y su efectiva realización se movieran en direcciones escasamente convergentes cuyos extremos se fueran aproximando más en el plano teórico que en el práctico, puesto que si bien era posible incluir la declaración de derechos en el texto constitucional, la maquinaria administrativa responsable de hacerlos realidad estaba gravemente lastrada por el sistema absolutista del que procedía. En España, el camino ha sido largo desde 1812, entre otros motivos por la constatación de la eficacia y utilidad de recurrir a la categoría RdSE para allanar obstáculos para el funcionamiento de la Administración. Por lo que la categoría RdSE, en origen circunscrita a militares, presos o funcionarios, por razón de la persona, se fue extendiendo a otros ciudadanos no ligados de modo estable o duradero con la Administración, esta vez, en razón de la situación de hecho o negocio concreto, así se extendió a personas hospitalizadas, alumnos, detectives privados o concesionarios del Estado.

Esta utilidad de las RdSE fomentó su expansión en el régimen político anterior a 1978, siendo utilizada sin reparo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Tras la Constitución de 1978, cabía esperar una recapitulación sobre esta categoría, impropia de un régimen constitucional moderno, de un sistema monista, del imperio de la ley y del valor igualdad entre los ciudadanos. Pero la adaptación sigue lastrada por la realidad y además, han surgido voces doctrinales que se preguntan si no habrá que pulir y delimitar la categoría para conservarla,

por ser necesaria y constitucionalmente posible, dado que en el propio texto constitucional se reconocen algunas, más o menos explícitamente, o bien eliminarla para siempre.

Un factor que explica su preservación o continuidad, es su utilidad para llenar espacios en el derecho positivo, en los que no se ha sabido o no se ha llegado a conseguir la plena eficacia del sistema de garantías de derechos y libertades.

Desde el punto de vista de la **doctrina**, el marco de referencia para las RdSE es el de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones en las que existe una marcada dependencia personal respecto a la Administración; bien accidental o coyuntural (como el caso de los presos o enfermos); bien por la existencia, protección y eficacia de un interés público concreto que esta persigue; bien por la existencia de una marcada potestad, en razón del ejercicio de la dirección de la Administración o la defensa del Estado (caso de los funcionarios o militares), que en este caso configura un marco más estable en razón de la permanencia de los sometidos.

Lo cierto es que las relaciones de sujeción especial o estatutos especiales, tal como se conciben hoy tienen poco o nada que ver con las del mismo nombre del pasado, ya que se mantiene la misma denominación (RdSE) para expresar realidades distintas que han ido cambiando en el transcurso de la historia. En el fondo se hace un empleo incorrecto de la expresión RdSE, porque cada vez son menores los parecidos entre esta categoría actual y la de la doctrina alemana decimonónica, por lo que se aboga incluso por cambiar el nombre y llamarle *estatus* especiales.

La cuestión central de las RdSE es la justificación de su existencia. La doctrina se divide, unos tratan de preservar la categoría RdSE por considerarla necesaria y eficaz, solo que adolece del necesario desarrollo teórico o concreción doctrinal y arrastra prejuicios o adherencias de otras épocas, por lo que hay que buscar su fundamento constitucional inequívoco, ya que mediante esta categoría puede entenderse y justificarse la modulación de ciertas garantías, como el principio *ne bis in ídem* (Cámara Villar). Otros, restringen su concepto y ámbito de acción a las que están reflejadas en la CE con un criterio restrictivo y falta de confianza fundado sobre la convicción de que, de hecho, afectan gravemente a la

seguridad jurídica (García Macho). También hay quien opina que es preciso fijar la lista de las RdSE existentes en nuestro ordenamiento, desde el derecho positivo y evitando asimilaciones o equivalencias tomadas de derechos extranjeros (López Benítez). En cambio, otros estiman que las situaciones que ahora se consideran RdSE no reúnen las características que se predicen de ellas, que no se dan en estos casos y que solo se enumeran las situaciones RdSE pero sin haber logrado un concepto suficientemente elaborado (Lasagabaster).

De lo que se trata es de buscar la justificación de las RdSE por referencia a la CE. Porque, en materia de derechos y libertades ¿es necesaria esta categoría o bastaría con la relación general de sujeción para regular todos los casos?, ¿acaso el ejercicio pleno de derechos y libertades entorpece la labor de la Administración? o lo que es igual, ¿son un obstáculo los derechos y libertades para la mejor consecución de los fines de interés general que persigue la Administración?, ¿bastaría con emplear las “reglas de colisión” usuales cuando hay varios derechos o libertades en conflicto?, ¿o tiene que haber una delimitación constitucional específica para cada RdSE? (por ejemplo: no al derecho de huelga, sí al derecho de asociación o de petición, modulados *ad hoc*), ¿nos llevarían ambas decisiones al mismo resultado práctico?. Al final se trata de ver si se puede asegurar el interés público de otra manera, explotando otras posibilidades que ofrezca el ordenamiento, sin tener que pasar por el empleo de una RdSE.

En cuanto a la fijación del concepto RdSE, en general la doctrina huye de las definiciones y se queda en lo descriptivo buscando notas características que permitan perfilar el concepto, lo que no es más que una prueba de la dificultad de su aprehensión, pero, ¿cuales notas hay que cumplir? ¿y cuantas?. Ante este panorama cabe preguntarse si se puede dar una **definición** única o si habrá tantas como RdSE, por lo que parece que habrá que conformarse con descubrir las líneas maestras de la categoría que basten para identificar la existencia de una RdSE, con claridad y fundamento. En esta línea, la jurisprudencia ha acuñado el llamado *test* de los tres juicios (idoneidad, necesidad, ponderación) para valorar el acuerdo de intervención restrictivo de derechos fundamentales en la esfera de los sujetos a una RdSE.

Si hubiera que destacar un solo rasgo, un mínimo común denominador para las RdSE sería el de su aptitud para beneficiar o agilizar el funcionamiento de la Administración.

En la doctrina clásica alemana sobre las RdSE se predicaba que el **principio de legalidad** no operaba en su ámbito, opinión que actualmente está descartada. Lo que ocurre es que este principio, referido a la ley en sentido estricto y con finalidad defensiva del ciudadano frente al poder público, también ha cambiado de sentido, al entenderse ahora como sometimiento a la ley y al conjunto del ordenamiento. Se trata de un principio de legalidad entendido en sentido amplio, como “juridicidad”, es decir que la norma habilitante previa no tiene que ser necesariamente una ley, lo que también significa que la Administración no puede perseguir libremente sus fines sin sujeción al ordenamiento jurídico. Esta precisión es importante por dejar clara la presencia, validez y eficacia del principio de legalidad en el ámbito de las RdSE, donde de otra manera puede peligrar la eficacia plena de los derechos fundamentales. El objeto es evitar que haya ámbitos de libre disposición por la Administración, para que todas sus actuaciones estén referidas al bloque de la legalidad del ordenamiento jurídico. No obstante existe un ámbito, reducido en cuanto a la categoría de las normas, pero extenso en cuanto a su número, que continúa siendo propio de la Administración, por razones lógicas y de eficacia en la prestación (servicios, tecnología, etc).

La aplicación del principio de legalidad exige que todas las intervenciones en la situación jurídica del individuo tengan como base una habilitación legal, pero su contenido no siempre podrá ser explícito, por lo que es posible que se recurra a una **cláusula general**, que solo estará justificada cuando haya una imposibilidad de regular todos los casos o bien haya de mantenerse la debida elasticidad con el fin de salvaguardar la eficiencia de la Administración. Teniendo presente que las intervenciones en la situación jurídica del individuo deben servir a la finalidad objetiva de la RdSE.

Pese a su carácter originario, la **potestad reglamentaria** está sujeta al principio de legalidad y la normativa que genere esta potestad estará igualmente sujeta a la ley. En cuanto a la extensión de la potestad reglamentaria, si interpretamos el Artículo 97 CE en el sentido de que el reglamento siempre

necesitará una habilitación legal, decae la potestad originaria que el mismo Artículo atribuye al Gobierno, lo que sería una interpretación del Artículo no congruente con el texto de la Constitución, que ha hecho una atribución expresa. Por tanto habrá que considerar la potestad reglamentaria como “un poder normativo, sometido incondicionalmente a la ley desde el punto de vista de su intensidad, pero abierto a las posibilidades de regulación social que no estén prohibidas ni por la constitución ni por la ley”⁸⁹³.

La **reserva** de ley como medio para impedir la acción arbitraria o autónoma de la Administración, ha sido sustituida por la acción de la jurisdicción como freno y control de los excesos o desvío de la potestad reglamentaria, puesto que es posible un poder reglamentario independiente de la ley, si esta y la CE lo permiten.

Debe aceptarse la validez de la reserva de ley y del principio de legalidad en las RdSE, que debe regir en estas como consecuencia de la decisión jurídico-constitucional por el Estado de derecho y porque las RdSE no configuran ámbito alguno de actividad exenta del sometimiento a normas jurídicas.

El instrumento tradicional para la regulación de las RdSE ha sido el **reglamento**, pero esto decae hoy, entre otros motivos, porque los derechos y libertades se regulan por ley orgánica y hay una elevación del rango de las normas que inciden sobre estos derechos y libertades de los ciudadanos en general y de los sometidos a una RdSE en particular, lo que no impide que en un momento determinado una simple instrucción u orden verbal no suponga un verdadero atentado contra su efectividad, pero ya estaríamos en otro ámbito de reflexión, el del ser y el deber ser.

Los reglamentos sostenían, perfilaban y extendían las RdSE y la aceptación de estas permitía o potenciaba la proliferación de reglamentos independientes, en un ciclo sin fin, en una espiral expansiva cuyo núcleo era la negación de la eficacia del principio de legalidad en su seno.

Los reglamentos independientes o paralegales, se dictan en ausencia de ley y actúan tanto en el ámbito interno como en el externo de la Administración, por lo que pueden afectar tanto a la relación de sujeción general como a las RdSE. Mayor interés tienen los reglamentos autónomos, propios del derecho

⁸⁹³ BALAGUER CALLEJON, F.: *Manual de derecho constitucional. Volumen I.* 2007, cit. p.177.

estatuario, que dicta la Administración en el ámbito que le es propio según habilitación constitucional o legal. El límite entre los reglamentos paralegales y los habilitados, es el sistema constitucional de reservas de ley. En la distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes, los primeros valen para regular la RdSE, pero los segundos son idóneos, con el peligro frecuentemente manifestado de que por su medio se afecten a los derechos fundamentales.

La distinción entre relaciones de base y relaciones de funcionamiento es útil para aclarar ideas en las RdSE. En las de **base** solo se pueden restringir derechos fundamentales mediante ley, que deberá respetar su contenido esencial (como el derecho de huelga o el de reunión) y la limitación está contenida en la propia Constitución o en leyes orgánicas. En las de **funcionamiento**, que se desarrollan en las demás normas legales o reglamentarias, se debe garantizar la actividad regular de la institución u organismo y solo podrá prevalecer el interés general sobre los derechos en situaciones debidamente justificadas. Es un ámbito complejo por lo casuístico, en el que a veces la Administración actúa dictando sus reglamentos partiendo de cláusulas generales habilitantes o bien por reglamentos autónomos, aunque en ningún caso esto impedirá el acceso a la tutela judicial efectiva del administrado. Pero es en estos aspectos de funcionamiento cotidiano donde realmente pelagra la efectividad de los derechos fundamentales tanto para el ciudadano ordinario, como, con mayor razón para el inserto en una RdSE (limitaciones de residencia, horarios, destinos, etc), que se encuentra solo ante un aparato administrativo potente, expansivo y firme en la consecución de sus fines.

La base para ajustar el marco de las RdSE es que están limitadas a las reconocidas en la CE, únicas a las que puede llamarse RdSE y que la restricción de derechos que les son propias solo puede llegar hasta donde permita el texto fundamental y leyes orgánicas de desarrollo y, para los casos concretos de intervención restrictiva en los derechos fundamentales para el funcionamiento de la Administración, será estrictamente necesario la previa superación del *test* justificativo citado (idoneidad, necesidad, ponderación).

El Tribunal Constitucional ha empleado y emplea las RdSE como el marco en el que se dan ciertas medidas limitadoras o restrictivas para el ejercicio de los derechos fundamentales, pero el problema sigue siendo fijar los límites de ese marco. La **jurisprudencia**, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional,

va reduciendo progresivamente el ámbito de actuación de las RdSE, empleando otros medios o técnicas para salvar el interés general sin necesidad de recurrir a las RdSE, aunque la doctrina ha sido crítica con ambas. Se perciben cuestiones que son frecuente objeto de recurso, como las relacionadas con las sanciones administrativas y la aplicación del principio *non bis in ídem*, o el derecho a la tutela judicial efectiva.

Entre otras, en la CE se fijan las bases de la **RdSE del militar**, por lo que habrá que asumirlo, estudiarla y profundizar en la categoría. En este caso, parece claro que las relaciones de sujeción general serán insuficientes, por la exigente presencia de los principios de disciplina, jerarquía y cohesión orientados a la eficacia en la consecución de los fines constitucionales de defensa militar de España. Así lo reconoció el constituyente en su momento optando por una configuración específica de las Fuerzas Armadas (misiones, Jurisdicción, etc) que se refleja también en el estatuto personal de sus miembros (incompatibilidades, sindicación, etc). En cuanto al desarrollo de estos derechos, cabe preguntarse si mediante la adaptación o contemplación de la situación del militar en las distintas leyes orgánicas que desarrollan los derechos y libertades hubiera sido suficiente. Es posible, pero no se ha hecho o se ha hecho poco, por otra parte y como mejor técnica legislativa, tampoco se ha desarrollado todavía en un único texto legal todo lo referente al ejercicio de derechos y libertades de los militares, pese a los sucesivos compromisos del legislativo, todos incumplidos.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en calificar la relación de sujeción del militar como especial, diríamos que entre las clásicas.

Hecha la panorámica general intentando dar un concepto de las RdSE sobre la base de las posiciones doctrinales al respecto y fijando ideas en materias relacionadas, en la segunda parte de este capítulo se ha pretendido vestir la RdSE del militar, utilizando un método que consiste en contrastar las notas características extraídas de la doctrina, a partir de las que fijó Gallego Anabitarte, con las normas legales que configuran el estatuto del militar.

En el campo que nos movemos, los aspectos estatutarios jurídico-constitucionales hay que buscarlos en el texto fundamental y en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978). Pero también conviene referirse a la Ley de la Carrera Militar (39/2007), aclaratoria en muchos aspectos y

marco estatutario administrativo del militar, además de las leyes penal y disciplinaria, como expresión de un régimen jurídico y disciplinario peculiar, que configuran un instrumento coactivo específico para asegurar ciertos aspectos estatutarios como son la salvaguardia de los principios de jerarquía, disciplina y unidad de las Fuerzas Armadas.

Son **notas significativas** para perfilar la relación de sujeción del militar de carrera, las de acentuada situación de dependencia, estado general de libertad limitada, existencia de una relación personal, indeterminación de las prestaciones y la intensidad de las intervenciones coactivas, obediencia primada, voluntariedad en la prestación, duradera y efectiva inserción del administrado, finalidad de eficacia administrativa como justificación de la relación, régimen jurídico y disciplinario peculiar. En cuanto al "factor idiosincrasia", lo verdaderamente importante es el poder de autocontrol que se desprende de esta visión personal del militar acerca de su posición en relación con el poder o la autoridad, que le lleva a reprimir sus quejas por estimarlo poco profesional y próximo a esas manifestaciones de tibieza que proscriben las Ordenanzas⁸⁹⁴.

En **resumen**, hemos constatado que la RdSE del militar reúne claramente la mayoría de las notas características que la doctrina predica de dichas RdSE y que estas están plasmadas en los textos legales de su régimen jurídico, que las hacen así suficientemente operativas.

Desde el punto de vista legislativo, el panorama es que el aspecto institucional u orgánico de la defensa militar está bastante completo, pero no así el personal, que si lo está en aspectos administrativos de autoorganización, no es así en los del ejercicio de libertades y derechos fundamentales, lo que es llamativo si se considera además que la única regulación hay que buscarla en una norma constitucionalmente puesta en entredicho por la doctrina, las Reales Ordenanzas, aunque la jurisprudencia la aplique sin mayor problema.

⁸⁹⁴ Artículo 51 ROFAS. "No manifestara tibieza en el servicio, sentimiento de la fatiga que exige su obligación, ni desagrado por las condiciones que impone la vida militar. Se esmerara en el conocimiento de sus deberes, a fin de desempeñarlos con eficacia".

Capítulo Quinto

EL TRATAMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO INTERNO

En el capítulo precedente hemos profundizado en la caracterización del estatuto del militar y sus notas distintivas.

Para seguir el criterio metodológico elegido de tratar el objeto de investigación desde lo antiguo a lo moderno y desde lo general a lo particular, correspondía ahora hacer una reconsideración de algunos aspectos teóricos significativos de la teoría general de los derechos fundamentales y de su recepción en la Constitución de 1978; antes de acometer su estudio de detalle en el siguiente y último capítulo, en lo concerniente al militar de carrera. Pero una vez concluida esa tarea, necesaria para actualizar conceptos, se constató que el resultado tenía un interés poco relevante para el objeto de estudio; por lo que, en beneficio de la brevedad y claridad expositiva, se ha optado por no aumentar innecesariamente el volumen del trabajo con páginas que no aportarían novedad alguna. No obstante, en el apéndice de bibliografía y fuentes consultadas se hallará algún rastro del estudio realizado.

También se ha considerado necesario completar esta etapa del trabajo con una visión panorámica sobre el tratamiento de los derechos y libertades en el ámbito internacional, así como su situación actual. Aunque le son aplicables algunas de las consideraciones del párrafo anterior, no cabe duda que este es un ámbito en el que el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales está experimentando grandes avances (y algún retroceso) en los últimos años y que incluso actualmente hay cuestiones cruciales por resolver, al menos en el ámbito europeo (ratificación del Tratado de Lisboa). En este entorno, se está produciendo una escalada exponencial en favor de la extensión y eficacia de los derechos fundamentales y el militar de carrera no tiene por que ser ajeno a los beneficios de esta tendencia imparable; razones que parecen suficientes para dedicar las páginas de este capítulo quinto al tratamiento internacional de los

derechos humanos, fundamentales y libertades públicas, así como su incidencia en el ámbito nacional interno.

5.1. EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES.

La protección internacional ocupa un lugar relevante entre los medios para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales, medios que nunca parecen bastantes.

Desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuya Carta Fundacional (San Francisco 1946) proclamaba entre sus objetivos el “desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”, ha aumentado el número de normas de derecho internacional público que persiguen esa finalidad. Estas pueden clasificarse según distintos criterios, como el territorial, según el cual pueden ser universales (marco ONU) o regionales y, desde este punto de vista, España entra en el ámbito de aplicación de las normas aprobadas en el Consejo de Europa, entre las que sobresalen la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) y la Carta Social Europea (1961), así como de las normas correspondientes de la Unión Europea.

El derecho internacional de los derechos humanos es sumamente complejo en cuanto a sus fuentes e instrumentos⁸⁹⁵.

5. 1.1. ÁMBITO UNIVERSAL.

⁸⁹⁵ Sánchez Morón presenta una clasificación de los instrumentos más importantes: A) INSTRUMENTOS UNIVERSALES GENERALES: DUDH y Pactos de 1966. B) INSTRUMENTOS REGIONALES GENERALES: CEDH y otros. C) INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS: a) Relativos a la discriminación, b) Genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, c) Esclavitud, trata de personas, trabajo forzoso, d) Asilo, e) Libertad de información. D) INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE CATEGORÍAS: a) Extranjeros, refugiados y apátridas, b) Trabajadores, c) Mujeres, d) Niños, e) Personas disminuidas, f) combatientes, prisioneros y personas civiles en tiempo de conflicto armado. Véase en SANCHEZ MORÓN, Miguel: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos (Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*, García de Enterría, Eduardo (coordinador), Editorial Cívitas S.A, Madrid, 1983, pp. 39-43.

Haremos algunas consideraciones sobre el esquema general de la protección de los derechos humanos en el ámbito universal⁸⁹⁶.

La protección internacional de los derechos fundamentales tiene sus antecedentes lejanos en la protección por vía diplomática, propia del derecho internacional clásico cuyos sujetos eran los Estados. Pero a los efectos que aquí se tratan, nos interesa el derecho internacional de los derechos humanos, centrado en el reconocimiento y protección de los derechos de los que la persona es titular.

Los conflictos armados y las condiciones en que se desarrollaban, fueron el motivo inicial para procurar la regulación internacional de ciertos derechos individuales. Así, podemos encontrar un precedente en el Convenio de Ginebra (1864) que originó la fundación del Comité Internacional de la Cruz Roja y que junto a la Convención de La Haya marcó el inicio de lo que se dio en llamar derecho humanitario de la guerra, cuya finalidad genérica es asegurar la protección de las víctimas de los conflictos armados, determinar los derechos y deberes de los beligerantes, regular su conducta y limitar los medios a emplear⁸⁹⁷.

Otro precedente es el Tratado de Versalles (1919), que instituyó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para dar respuesta a la cuestión social tras la Primera Guerra Mundial. También la Sociedad de Naciones creó un Alto Comisionado para los Refugiados y trabajó en la protección de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas europeas. Ambas instituciones, OIT y Alto Comisionado, han pervivido mediante su actual integración en la ONU.

Tras la Segunda Guerra Mundial, se evidenció la necesidad de crear un nuevo orden mundial estable que, entre otros objetivos, impidiera la repetición de los atentados cometidos por algunos beligerantes durante la contienda, en particular contra los derechos humanos. Este ambiente favoreció la creación de la ONU pero, si bien el acuerdo básico de respeto a los derechos humanos era común, desde el primer momento comenzaron a surgir las discrepancias en cuanto a su articulación práctica; en particular, sobre si la Carta de las Naciones Unidas debía contener una relación detallada de derechos reconocidos

⁸⁹⁶ Sobre este esquema general pormenorizado, véase SANCHEZ MORÓN, M.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, cit. Capítulo I, pp. 25-59.

internacionalmente, cuáles en caso afirmativo y con qué medios debería asegurarse la vinculación de los Estados a esos derechos. Un obstáculo importante lo constituía el distinto concepto de los derechos humanos según fuera el punto de vista, occidental o del bloque soviético, incluso con particularismos por países. Para los occidentales, son derechos del individuo tanto frente a otros como frente al Estado; en cambio, para los soviéticos, estos derechos eran conquistas sociales a las que el individuo accedía a través del Estado, pero no en oposición a este. Lógicamente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos resultante acusó esta situación, que se reflejó en el rebaje de la categoría jurídica del texto a simple resolución, en lugar de aprobarse como convenio o tratado y, aún así, hubo ocho abstenciones⁸⁹⁸.

La norma internacional de referencia sobre derechos humanos, tanto por su alcance universal como por su significado como reacción de la comunidad internacional frente a los excesos de la segunda guerra mundial, es la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (DUDH) aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. En ella se recogen derechos individuales básicos (vida, igualdad), derechos de defensa (presunción de inocencia), las libertades de conciencia, opinión, reunión y participación, así como algunos derechos de carácter social. Supuso el primer intento para abordar la cuestión de los derechos humanos desde una perspectiva universal, si bien de una manera limitada, dado que era una simple Resolución de la Asamblea, no establecía vinculación jurídica y carecía de órganos de control.

Como la DUDH es solo una declaración, para avanzar en la protección efectiva de los derechos y libertades que contempla, hubo que recogerlos en pactos o convenios, entre los que destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU 1966). Estos dos Pactos, ya son auténticos convenios internacionales con fuerza jurídica obligatoria para los Estados firmantes y con sistemas de protección internacional de los derechos que recogen, que aseguran así su cumplimiento.

⁸⁹⁷ La normativa actualmente vigente sobre el derecho humanitario de la guerra o derecho internacional de los conflictos armados está recogida en los Tomos II y III de la publicación militar del Ejército de Tierra: *OR7-004 (2ª Edición). Orientaciones*, cit.

En cuanto a la **eficacia** de la DUDH, su valor jurídico es escaso porque fue aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas que, según la Carta de San Francisco, solo tiene competencia para hacer recomendaciones; además, ni la Carta ni la Declaración previenen mecanismos para la protección internacional de los derechos; aunque es claro el valor moral y político de esta Declaración en el mundo que, como referente interpretativo de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades está muy presente en los textos constitucionales de los países miembros de la ONU, como es el caso de España (Artículo 10 CE).

No obstante los escasos medios para imponer esta eficacia, ningún Estado ha impugnado la DUDH y, por el contrario, se ha ido incorporando al ordenamiento jurídico interno de bastantes, con valor constitucional. En cualquier caso, la DUDH ha impulsado la protección de los derechos humanos. Pero siendo un hecho que tras la DUDH la cuestión de la protección de los derechos humanos ha dejado de ser una competencia exclusiva de los Estados, para irse internacionalizando, también lo es que obstáculos como la preservación de la soberanía frenan el compromiso de los Estados en defensa de estos derechos y libertades⁸⁹⁹.

En resumen, en el ámbito universal no escasean los tratados, convenios y órganos que tratan de la protección de los derechos y libertades de toda índole, pero tienen poca eficacia práctica directa por su escasa vinculación y efectos jurídicos sobre quienes los suscriben.

⁸⁹⁸ La Resolución 217 (III) fue aprobada por 48 votos a favor y 8 abstenciones (6 de países del Este, más Sudáfrica y Arabia Saudita, que rechazaba la libertad religiosa).

⁸⁹⁹ “Seguimos observando que la comunidad internacional o los Estados no se comprometen de verdad en reprimir a los violadores de los derechos humanos, [...] vez escudándose en el sacrosanto principio de la soberanía o en cuestiones meramente formales de carácter procesal, y por tanto, adjetivo”. FERNÁNDEZ SANCHEZ, Pablo Antonio (Ed.): *La desprotección internacional de los derechos humanos (a la luz del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)*, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, 1998, p.15.

Por su parte, Carrillo Salcedo llama la atención sobre la heterogeneidad de los actores que operan en las relaciones internacionales, como uno de los factores dominantes en la sociedad internacional, que hace que los Estados estén a la defensiva para evitar pérdidas de parcelas de poder, independencia y soberanía a manos de esos actores no estatales, como pueden ser ciertas empresas o instituciones financieras internacionales, que deberían implicarse en garantizar los derechos humanos en sus operaciones comerciales. En suma, Carrillo no propone una reforma o nueva DUDH que recoja los derechos de tercera generación, sino que aboga por hacer efectiva la actual, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 55 de la Carta de Naciones Unidas sobre la efectividad de los derechos y libertades. Véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: “¿Responde la Declaración Universal de 1948 a las exigencias actuales de los derechos humanos?”, en Fernández Sánchez, Pablo Antonio (Ed.), *La desprotección internacional de los derechos*

5. 1.2. ÁMBITO REGIONAL.

En el ámbito regional, el proceso europeo de convergencia iniciado tras la Segunda Guerra Mundial arranca de la existencia de intereses comunes, económicos y políticos; para cuya promoción y desarrollo se hizo un reparto de áreas que, en síntesis, consistiría en que la integración económica se asignaba a las Comunidades, en tanto que la integración política, incluido el aseguramiento de los derechos fundamentales, quedaba para el Consejo de Europa. Así, en la corriente económica que inicialmente se materializa con la Comunidad Económica del Carbón y el Acero (1951), primaba el aspecto estrictamente económico sobre el político, por lo que cuestiones como el reconocimiento general y la completa protección de derechos y libertades fundamentales quedaban fuera de su área de responsabilidad, aunque los tratados constitutivos reconocieron algunos aspectos concretos en esta materia asociados con las relaciones de producción. En la corriente política de la que surgió el Consejo de Europa, aunque las naciones que la seguían eran reacias a la cesión del ejercicio de competencias, se perseguía la convergencia europea mediante la afirmación de valores propios del sistema democrático, como el respeto a los derechos fundamentales y, en este contexto, se elaboró el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH). Ambas corrientes marcan en origen el sistema de protección de los derechos fundamentales en Europa⁹⁰⁰.

La preocupación comunitaria por los derechos fundamentales viene al menos desde la década de mil novecientos setenta, cuando comenzó el debate sobre el alcance de la protección que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ofrecía a los derechos y libertades, así como sobre la necesidad de que la comunidad adoptara un catálogo propio de tales derechos y libertades o simplemente se adhiriese al CEDH.

En el ámbito regional es relativamente más fácil alcanzar la **eficacia**, como en el caso del CEDH, que reúne a una serie de Estados europeos resueltos “a

humanos (a la luz del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, 1998, pp. 19-27.

tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal (Preámbulo)”.

A continuación trataremos los principales actores y componentes de este ámbito regional europeo.

5.2. EL CRITERIO INTERPRETATIVO DEL ARTICULO 10.2 CE.

Los tratados internacionales ratificados por España producen efectos en varios sentidos, porque una vez que entran a formar parte del ordenamiento jurídico nacional, generan obligaciones internacionales cuyo incumplimiento conlleva responsabilidad.

Existen varias vías para la recepción de las normas internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno. Una **vía genérica**, que es la establecida por el Artículo 96 CE para todos los tratados internacionales celebrados válidamente y publicados oficialmente en España que, como derecho interno, pueden emplearse ante los tribunales españoles.

Por otra parte, el Artículo 93 CE permite atribuir el ejercicio de competencias derivadas de la CE a organizaciones o instituciones internacionales, plasmado en tratados de cuyo cumplimiento resultará garante el Gobierno o las Cortes y, en el caso europeo, alguna de estas normas comunitarias puede afectar a determinados derechos fundamentales.

Los tratados que se celebren al amparo del Artículo 93 CE son calificables de “tratados de integración”, puesto que las normas asumidas por España por esta vía son aplicables directamente en el ámbito del ordenamiento jurídico interno sin ningún otro requisito. En este sentido, el Artículo 93 CE es un mecanismo adecuado para la integración en un contexto jurídico supranacional. Sin embargo, existe cierta (y lógica) dificultad en cuanto a la articulación práctica de los ordenamientos (nacional y supranacional) que deben integrarse⁹⁰¹.

⁹⁰⁰ Véase BIGLINO CAMPOS, Paloma: “De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos n.º.97* (Nueva Época), julio-septiembre 1997, pp.72-74.

⁹⁰¹ Se ha llegado a plantear la posibilidad de asimilar el poder de integración a poder de reforma, es decir, que el “tratado de integración” al que se refiere el Artículo 93 CE podría contener disposiciones contrarias a la Constitución que, pese a esto, podrían ser aplicadas. Pero esta

Una **vía específica** o reforzada, para el caso de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales, que es la del Artículo 10.2 CE, que eleva a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en esta materia, a la categoría de criterios interpretativos de los derechos fundamentales recogidos en la CE. Así, esta cláusula interpretativa del Artículo 10.2 CE convierte estos textos en parámetro interpretativo de todos los derechos y libertades contenidos en el Título I, con independencia de cual sea su ubicación en este⁹⁰².

Durante los primeros años de vigencia de la Constitución alguna doctrina llegó a considerar innecesario este Artículo 10.2 CE por estimarlo redundante con el Artículo 96 CE, entre otras razones por su carácter de norma subsidiaria para la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades reconocidas en la Constitución, a lo que quedaba limitado su ámbito de actuación. Pero el protagonismo que ha dado el Tribunal Constitucional al Artículo 10.2 CE, ha disipado esa opinión, ya que la interpretación es siempre una actividad intrínseca a la aplicación de la norma, que no puede obviarse por más “clara” que parezca esa norma, es decir, que no es de aplicación subsidiaria⁹⁰³.

Esta imposición constitucional de interpretación, no significa que estos tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sean una vía para restringir el alcance con que los derechos fundamentales se han configurado en la CE, sino que solo serán una fuente para la mejor interpretación e identificación de estos derechos.

Los Artículos 93, 96 y 10.2 CE tienen diferente papel constitucional, pero claramente relacionado⁹⁰⁴.

posibilidad ha sido rechazada por doctrina y jurisprudencia, ya que la ley orgánica para autorizar los tratados que transfieren competencias (Artículo 93 CE) “se encuentra sujeta a la Constitución y [...] el «poder de integración» que este artículo confiere a las Cortes es, en todo caso, un poder constituido”. Véase RODRÍGUEZ, Ángel: *Integración europea y derechos fundamentales*, Cívitas Ediciones S.L, Madrid, 2001, pp.58-78.

⁹⁰² Los tratados citados en este Artículo 10.2 CE han de estar publicados oficialmente en España, para ser considerados parte del ordenamiento jurídico interno y utilizados a efectos interpretativos, tal y como se establece en el Artículo 96.1 CE.

⁹⁰³ Véase RODRÍGUEZ, A.: *Integración europea y derechos fundamentales*, cit. pp.79-95. Rodríguez concluye que “el artículo 10.2 CE no es redundante con respecto al artículo 96 y que su aplicación no se limitaría a los casos de regulación constitucional confusa”.

⁹⁰⁴ Sobre el Artículo 96 y 10.2 CE, sus relaciones, proceso de elaboración, debates parlamentarios en las Constituyentes y diversas interpretaciones, puede verse LINDE, Enrique: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos (Estudio de la Convención y de la jurisprudencia*

El Artículo 96 CE se refiere a la recepción de los tratados en el Derecho interno; pero solo los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, referentes a derechos fundamentales y libertades, se incorporarán al ordenamiento interno por la vía del Artículo 10.2 CE exclusivamente, como es el caso de la DUDH.

El matiz está en el valor como criterio interpretativo en materia de derechos fundamentales; los tratados que se incorporan por el Artículo 96 CE son directamente aplicables en el derecho interno, pero solo los ratificados por el Artículo 10.2 actúan como criterio de interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce. Son dos modalidades de aplicación que revisten distinta naturaleza

“...la interpretativa, solo para tratados de Derechos Humanos, de naturaleza constitucional, obliga a interpretar todo el ordenamiento según estos, y la aplicativa directa, en virtud de la cual los tratados son directamente alegables ante la jurisdicción ordinaria como norma con rango suprallegal”⁹⁰⁵.

Es frecuente que un mismo tratado pueda aplicarse en nuestro ordenamiento en ambas modalidades, como criterio alegable ante los tribunales y como canon interpretativo del resto del ordenamiento.

El Artículo 93 CE permite que el tratado especifique qué efectos internos tendrá la integración, en tanto que el Artículo 10.2 CE ordena, de manera indisponible, el efecto integrador como canon para interpretar las normas internas. Así que, en relación con el Artículo 93 CE, los efectos del Artículo 10.2 CE son más limitados, pues se ciñe a un tipo específico de normas internacionales (derechos humanos) y a un solo efecto integrador (canon de interpretación). Bajo este criterio, el CEDH se integraría en el derecho interno por la vía del Artículo 10.2 CE, y la CDFUE, por la vía del Artículo 93 CE.

A través del Artículo 10.2 CE, no se otorga rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los tratados internacionales en cuanto no estén también recogidos en nuestra Constitución. Se limita a conectar nuestro

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), García de Enterría, Eduardo (coordinador), Editorial Cívitas S.A, Madrid, 1983, pp. 167-181.

⁹⁰⁵ RODRÍGUEZ, A.: *Integración europea y derechos fundamentales*, cit. p.82.

propio sistema de derechos y libertades con los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias, en los que sea parte España⁹⁰⁶.

El Tribunal Constitucional utiliza unos textos internacionales sobre derechos humanos más que otros. Respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el TC únicamente ha hecho referencia a unos pocos artículos de la misma en unas treinta sentencias y casi nunca con alcance determinante para el fallo. Además, en la mayoría de los casos la DUDH se ha utilizado junto con otros textos internacionales⁹⁰⁷.

⁹⁰⁶ STC 36/1991 de 14 febrero (protección de menores) FJ 5: "...Tampoco puede entenderse autónomamente infringido por el precepto cuestionado el art. 10.2 C.E., pues esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución..."

STC 64/1991 de 22 de marzo, FJ 4: "...La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse solo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional.

⁹⁰⁷ Son muchos los tratados ratificados por España que afectan a derechos y libertades. Pueden clasificarse según la instancia internacional de la que proceden, distinguiendo si se trata de una organización de ámbito **universal** o regional. Entre los primeros sobresale el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York 1966) y sus Protocolos facultativos Primero (1966) y Segundo (1989). Ha tenido una incidencia muy importante en la labor interpretativa del Tribunal Constitucional, ya que más de ciento treinta sentencias aluden a dicho Pacto. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York 1953), que es utilizada por el TC para perfilar la discriminación por razón de sexo. (STC 317/1994). La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Nueva York 1984), empleada en varias sentencias del TC para definir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, con motivo de una supuesta vulneración del artículo 15 CE (SSTC 120/1999 y 137/1990). La Convención sobre los Derechos del Niño, (Nueva York 1989), que se utiliza en bastantes sentencias del TC como parámetro interpretativo (STC 67/1998). Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que tienen una incidencia notable en el terreno de los derechos de los trabajadores, a los que el TC hace referencia en unas cuarenta sentencias. En el ámbito **regional**, ocupa un papel destacado en la interpretación de los derechos y libertades el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (Roma 1950), que es citado por nuestro Tribunal Constitucional en más de ciento ochenta sentencias. Este Convenio tiene cómo intérprete al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo que es habitual que el TC se remita a la jurisprudencia del mismo para aclarar el contenido y los límites de los derechos y libertades. Véase en Sinopsis del Artículo 10 realizada por Merino Norverto, María. Profesora Titular. Universidad Rey Juan Carlos. Congreso de los Diputados. Diciembre 2003.

Acerca de la eficacia del CEDH mediante su recepción constitucional por la vía del Artículo 10.2 CE, conviene hacer algunas consideraciones.

Dejando mención de que al CEDH no le es de aplicación el Artículo 93 CE dado que este está pensado para facilitar la transferencia del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución al ámbito internacional, la remisión implícita que hace el Artículo 10.2 CE al CEDH como criterio interpretativo hay que entenderla como una autovinculación a las interpretaciones que sobre esta materia haga el TEDH en sus sentencias; de manera que, por virtud de este precepto, nuestro Tribunal Constitucional deberá hacer suyas estas interpretaciones. No obstante, dado el carácter expansivo de los derechos fundamentales y el principio de su interpretación más favorable, esta vinculación nacional al Convenio debe entenderse como hecha a un *estándar* mínimo; es decir, que nada impide que la legislación y jurisprudencia nacional aumente la protección y garantía de los derechos, sobre el nivel ofrecido por el Convenio.

5.3. EL SISTEMA EUROPEO DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El sistema de protección de derechos fundamentales y libertades públicas en Europa, dista de ser compacto y sin fisuras, porque en su ámbito geográfico concurren varios ordenamientos jurídicos competentes para la regulación y garantía de derechos y libertades, en distinto nivel y con diferente intensidad. Son estos los correspondientes a las Constituciones y ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, el sistema normativo del CEDH y el Derecho comunitario europeo. El engarce de estos dos últimos con los ordenamientos nacionales se hace mediante instrumentos constitucionalmente habilitados al efecto y esta relación genera un efecto sinérgico en mutuo beneficio. Así, el CEDH reforzaría la defensa de los derechos del Título 1 CE, que comenzaría con la protección judicial ordinaria, siguiendo por la jurisdicción constitucional, que es el nivel de máxima protección, para terminar en el Tribunal de Estrasburgo que, si bien puede declarar la existencia de una vulneración del Convenio, adolece de medios de reparación y requiere la intervención estatal; por

lo que el demandante deberá dirigirse a los órganos jurisdiccionales nacionales para obtener la reparación o, en su caso, una satisfacción equitativa⁹⁰⁸.

En este punto, trataremos el proceso conformador de este sistema, su desarrollo e hitos fundamentales, así como el actual estado de la cuestión.

5.3.1. EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (CEDH).

El ambiente que generó la Declaración Universal de Derechos Humanos también estaba presente desde los primeros pasos de los movimientos de integración europeos, que veían en el respeto de los derechos humanos un pilar básico para asegurar la paz en el futuro; de tal manera que la ratificación del **Convenio** (o Convención) Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) hecho en Roma el 4 de noviembre 1950, se convirtió en una condición ineludible para pertenecer al Consejo de Europa. El CEDH fue el primer tratado internacional vinculante para los Estados parte, en el que se incorporaron los derechos y libertades contenidos en la DUDH y que además contemplaba unos órganos encargados de velar por que esos Estados respetaran lo convenido. Estos órganos eran la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

El CEDH no es un hecho aislado, sino uno más entre el conjunto de los convenios de protección internacional de los derechos humanos; no obstante, se singulariza por la mayor efectividad de sus medios de protección. Su éxito está fundamentado en la eficacia alcanzada por la concurrencia de dos factores: la existencia de un auténtico órgano judicial (TEDH) y la posibilidad de que los individuos nacionales de un Estado puedan recurrir directamente a este Tribunal.

El CEDH estableció inicialmente un **catálogo** de derechos fundamentales, como *estándar* mínimo que debían respetar todos los Estados europeos pertenecientes al Consejo de Europa, catálogo que se ha ido ampliando mediante

⁹⁰⁸ Véase ASTOLA MADARIAGA, Jasone: “Los principios generales del derecho comunitario y la garantía de los derechos fundamentales”, *Revista Vasca de Administraciones Públicas* n°. 52.

protocolos adicionales. No obstante, el CEDH no contiene derechos sociales, que están recogidos en la Carta Social Europea (1961) pero sin los mecanismos de protección y garantía de que gozan los contenidos en el CEDH.

El Convenio es la más completa y sistemática declaración de derechos que existe en el ámbito europeo y su contenido es similar al de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I CE.

Es importante resaltar que estos derechos no son absolutos y que el propio CEDH contiene la previsión de su posible **limitación en situaciones extraordinarias**, como en el caso de guerra u otro peligro público que amenace la existencia de la Nación, situación en la que podrán restringirse excepcionalmente los derechos protegidos, quedando desligado el Estado de las obligaciones que contrajo al ratificarlo; aunque para ello será necesario cumplir las condiciones fijadas en el Artículo 15 CEDH (medida estrictamente ajustada a la situación, no contradicción con otras normas internacionales, dar información puntual al Consejo de Europa del comienzo, cese y derechos afectados). Es un sistema parecido al regulado en los Artículos 55 y 116 CE, con la particularidad de que el CEDH fija un reducto de derechos que no pueden resultar afectados (vida, prohibición de tortura y otros).

Además del caso anterior, es posible una **restricción ordinaria** de los derechos protegidos por el CEDH, porque se pueden limitar la mayoría de los reconocidos siempre que se superen los tres requisitos del llamado “*test de Estrasburgo*”, como se conoce al criterio que este Tribunal utiliza para decidir si una restricción determinada viola un derecho contenido en el CEDH. En síntesis, los tres requisitos exigidos por el “*test de Estrasburgo*” son: que la restricción esté predeterminada en la ley del Estado que la impone, que esté dirigida a proteger alguno de los bienes jurídicos que se cite en cada caso o Artículo concreto y que la medida adoptada pueda admitirse como necesaria en una sociedad democrática.

Por otra parte, los Estados pueden expresar sus reservas o interpretaciones al ratificar cualquier tratado internacional. **España ratificó** el CEDH en 1979 mediante Instrumento de Ratificación de 26 septiembre, en el que

se reconoce la jurisdicción del TEDH y su competencia para recibir demandas individuales interpuestas contra el Estado español. No obstante, utilizando el Artículo 57 CEDH, España se reservó la aplicación de los derechos a la libertad y seguridad (Artículo 5 CEDH) y a la tutela judicial (Artículo 6 CEDH) en cuanto fueran incompatibles con el entonces vigente Código de Justicia Militar (1945). Posteriormente, tras la reforma de la legislación penal y disciplinaria militar, se renovó esta reserva en la medida en que su aplicación fuera incompatible con la ley disciplinaria. Existe también una reserva sobre el derecho de asociación (Artículo 11 CEDH) en cuanto sea incompatible con la libertad de sindicación para funcionarios y militares (Artículo 28 CE) y de jueces, magistrados y fiscales (Artículo 127 CE)⁹⁰⁹.

El CEDH ratificado produce en el ordenamiento jurídico español varios **efectos**. Desde el punto de vista internacional, España puede ser demandada y puede dictarse una sentencia condenatoria, que tendrá efecto declarativo de responsabilidad internacional del Estado español que puede terminar en una compensación indemnizatoria para quien haya visto violados sus derechos. Por otra parte, tiene un efecto interno, puesto que el CEDH se integra en el ordenamiento jurídico español (Artículo 96 CE) y se constituye además en criterio

⁹⁰⁹ En el Instrumento de Ratificación del CEDH (BOE 243 de 10 octubre 1979), España se reservaba la aplicación de: "1) Los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el Título XV del Tratado Segundo y en el Título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar. 2) El artículo 11, en la medida en que fuere incompatible con los artículos 28 y 127 de la Constitución Española".

Véase también la Resolución de 24 septiembre 1986, BOE n.º. 234 de 30 septiembre 1986. Nota diplomática sobre la modificación de la reserva española a los Artículos 5 y 6 del Convenio.

Es importante resaltar que, según el TEDH, la reserva de aplicación de los Artículos 5 y 6 CEDH hecha en su día con motivo de la aprobación de la Ley Orgánica 12/1985 LORDFAS, no se ratificó con ocasión de la aprobación de la posterior Ley Orgánica 11/1991 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, ni se comunicó al Consejo de Europa la reforma operada. Por esto, en el caso *Dacosta Silva contra España*, entendía que hubo violación del Artículo 5.1 CEDH por el arresto sufrido por el demandante (guardia civil), que no fue una detención legal. Asimismo, el procedimiento disciplinario que se había seguido ante el superior jerárquico tampoco reunía las exigencias del Artículo 5.1,a) CEDH en cuanto a garantías judiciales. En cuanto a los efectos, el TEDH no acordó satisfacción más allá de los gastos y costas judiciales, ya que el demandante tampoco había solicitado una satisfacción equitativa, por lo que el reconocimiento de la vulneración del CEDH por el Estado español, era suficiente. En cualquier caso, parece insuficiente esta satisfacción (solo gastos) ya que en este caso lo que se ha vulnerado es el derecho a la libertad y no parece que haya manera de restaurar el daño en vía interna. Véase PÉREZ SOLA, Nicolás: "El régimen disciplinario de la Guardia Civil y su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Dacosta Silva y. España*", *Revista de Derecho Político* n.º. 71-72, UNED, enero-agosto 2008, pp. 677-699.

de interpretación de los derechos fundamentales y libertades (Artículo 10.2 CE) por lo que la doctrina jurisprudencial del TEDH tiene también su efecto interno⁹¹⁰.

En cuanto a la **relación entre Derecho comunitario y CEDH**, desde el principio de la progresiva implicación europea en el reconocimiento y protección de los derechos y libertades, se barajaron dos posibilidades: elaborar una Carta o catálogo de derechos europea o adherirse al CEDH. En la primera opción se incluye el Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea de 14 febrero 1984 (Proyecto *Spinelli*). En la segunda línea, hay actuaciones institucionales que arrancan al menos de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 octubre 1976 sobre protección de derechos fundamentales y el mismo Parlamento pidió esa adhesión en su Resolución de 27 de abril de 1979. Pero el propio TJCE bloqueó esta posibilidad al establecer que “en el estado actual del Derecho comunitario”, la Comunidad no tenía competencia para adherirse al CEDH (Dictamen 2/1 994 de 28 de marzo 1996)⁹¹¹.

No obstante, ambas opciones eran compatibles. Así se mantuvo la cuestión hasta el fallido Tratado constitucional de la Unión Europea (2004) que reconocía los derechos y libertades según se recogían en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la vez que incorporaba esta Carta como parte del mismo Tratado y determinaba que la Unión Europea se adheriría al CEDH. Estas previsiones se mantienen en el actual Tratado de Lisboa (Artículo 6.2 TUE) y, además, por parte del Consejo de Europa también se ha ido allanando el camino para esta adhesión⁹¹².

⁹¹⁰ Véase STC 5/1981 de 13 febrero FJ 7: “...del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950, en conformidad con el cual hay que interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución incorpora, según dispone el artículo 10.2....”.

⁹¹¹ En su Dictamen 2/1994, el TJCE afirmó que, en la situación actual del Derecho comunitario no era posible esta adhesión al Convenio por carecer de competencia la Comunidad para ello. Aunque el Tribunal no rechazaba totalmente esta posibilidad de cara al futuro, en aquel momento existían obstáculos insalvables, como la dificultad para determinar qué institución comunitaria era la competente para esa ratificación, o el hecho incuestionable de que la adhesión al CEDH la hacían solo los Estados.

⁹¹² El Protocolo no 14 al CEDH de 13 mayo 2004, prevé que la Unión Europea pueda adherirse a la Convención.

Véase BALAGUER CALLEJON, Francisco: *Manual de derecho constitucional. Volumen I. (Capítulo IX)*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa; Montilla Martos, José Antonio. Tecnos 3 edición), Madrid, 2008, pp. 392-394.

5.3.1. a. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Desde que España ratificó el Convenio (1979), se ha reconocido la jurisdicción obligatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El TEDH es un auténtico órgano jurisdiccional ante el que pueden recurrir directamente los nacionales de cualquier Estado miembro, características que le han permitido un desarrollo jurisprudencial muy importante para la eficacia del CEDH.

En el terreno de la **protección efectiva** de los derechos fundamentales, las cuestiones procesales enturbiaron la eficacia del CEDH; en concreto por la complejidad del procedimiento para acceder a los órganos del Convenio y por la complicada ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo. No obstante, la modificación del CEDH mediante el Protocolo número 11 hizo desaparecer los filtros previos que anteriormente oponía la Comisión, por lo que ya es posible el acceso directo de los individuos y grupos de particulares al TEDH, una vez agotadas las instancias nacionales⁹¹³.

Las sentencias del TEDH, si bien son obligatorias, son de carácter declarativo y carecen de fuerza ejecutiva, por cuanto el Tribunal carece de competencia para ordenar un comportamiento determinado, de lo que se deduce que el Convenio tiene una eficacia jurídica directa limitada y que su influencia es mas bien indirecta a través de la fuerza vinculante que los órganos jurisdiccionales nacionales reconocen a la jurisprudencia del TEDH⁹¹⁴.

Se pueden presentar demandas tanto por los Estados como individualmente; en este caso, han de cumplir el requisito de alegar violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y la demanda debe presentarse una vez agotados todos los recursos del ordenamiento jurídico del Estado del recurrente. Así, cualquier individuo puede pedir protección ante el TEDH frente a

⁹¹³ El Protocolo n°.11 CEDH fue ratificado por España mediante Instrumento de 28 noviembre 1996 y publicado en el BOE de 26 junio 1998. En virtud de este Protocolo desapareció la Comisión Europea de Derechos Humanos, que filtraba las demandas antes de llegar al TEDH. Así, por primera vez se logra que los individuos puedan acceder a un tribunal internacional, como es el TEDH. Los Textos refundidos elaborados por el Consejo de Europa, a consecuencia de esta reforma, se publicaron mediante Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores de 5 abril 1999, BOE de 6 mayo 1999, corrección de erratas en BOE de 12 junio 1999.

los actos u omisiones del Estado, en defensa de sus derechos y libertades (Sección Iª del Capítulo Segundo del Título 1 CE); pero lo denunciado en esta instancia trasnacional es la infracción, no de nuestros derechos fundamentales, sino de los incluidos en el Convenio, que asegura un *estándar* menor que el de la CE.

No obstante, el TEDH puede declarar inadmisibles las demandas por considerarlas incompatibles con los derechos del Convenio, o porque sean manifiestamente infundadas, o por estimar abuso de derecho. Admitida la demanda, el TEDH procurará que las partes lleguen a un acuerdo amistoso y si esto no es posible, ni se puede archivar el caso, deberá dictar sentencia sobre el fondo del asunto. Se perfila así un sistema de protección progresivo en el que la sentencia es el último hito a alcanzar.

Si la sentencia del TEDH declara vulnerado alguno de los derechos del CEDH, el Estado incurre en responsabilidad internacional y, además, esta sentencia puede tener efectos en el ordenamiento jurídico del Estado responsable. El problema es que la demanda se interpone tras agotar los recursos del ordenamiento jurídico nacional, por lo que la sentencia del TEDH puede entrar en contradicción con las dictadas previamente en aquel ámbito. No obstante, como las sentencias del TEDH son declarativas, no implican la revisión ni la anulación de las anteriores nacionales.

La satisfacción de la responsabilidad del Estado se consigue mediante una compensación justa fijada por el TEDH (Artículo 41 CEDH), pero subsiste el problema de encontrar una salida para que cese la situación de vulneración de derechos declarada en la sentencia. Problema para el que cada Estado ensaya sus propias soluciones conforme a su ordenamiento, siendo difícil hallar una plenamente satisfactoria.

El tratamiento interno de las sentencias del TEDH ha evolucionado en diferentes fases, en particular el de las vinculadas a violaciones del Artículo 6 CEDH (tutela judicial efectiva). Así, en una primera fase, el TS negó toda eficacia interna a las SSTEDH condenatorias para España (STEDH Caso Barberá, Messegué y Jabardo, de 6 diciembre 1988); en la segunda fase, el TC corrigió

⁹¹⁴ Véase BIGLINO CAMPOS, P.: "De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales", cit. pp.74-84.

esta doctrina jurisprudencial del TS (STC 245/1991 de 16 diciembre)⁹¹⁵ en la tercera, el TC matizó su propia doctrina jurisprudencial (STEDH Caso Ruiz Mateos de 23 junio 1993) y en la cuarta, el TS asumió la doctrina del TC e hizo nuevas aportaciones en busca de soluciones (STEDH Caso Castillo Algar de 28 octubre 1998, ATS de 15 junio 1999)⁹¹⁶.

El CEDH reconoce la existencia de relaciones de sujeción especial, aunque no lo diga expresamente, como se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia del TEDH⁹¹⁷.

⁹¹⁵ Véase STC 245/1991 de 16 diciembre, en la que se concede valor interno directo a una STEDH, estimando que a través del recurso de amparo ante el TC por violación de derechos fundamentales, puede alcanzarse una reparación adecuada y suficiente.

FJ 2: "El reconocimiento por España de la competencia de la Comisión Europea para conocer de las demandas sobre la violación de los derechos humanos, [...], y la aceptación como obligatoria de la jurisdicción del TEDH no suponen, [...], que las Sentencias de este Tribunal tengan eficacia ejecutiva, pues [...] tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio. [...], el Convenio no obliga a dar efecto interno a las Sentencias del Tribunal Europeo mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la decisión judicial nacional que dicho Tribunal haya estimado contraria al Convenio.[...], no significa que en el plano de nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio, ni que sea conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento, [...], de una situación que puede implicar lesión actual de derechos fundamentales de los recurrentes".

Véase también STC 197/2006 de 3 de julio, FJ 3.

⁹¹⁶ Para estudiar la secuencia con más detalle, véase RODRÍGUEZ, A.: *Integración europea y derechos fundamentales*, cit. pp.152-160.

⁹¹⁷ Recordemos tres casos conocidos:

El Caso Golder, STEDH de 21 febrero 1975, demanda interpuesta por un preso al que se le niega comunicar con un abogado para denunciar a un funcionario. El Tribunal niega que la posibilidad de limitar las comunicaciones de los internos constituya una habilitación general a favor de la Administración penitenciaria y que la limitación del derecho a mantener correspondencia debe estar necesariamente razonada y estar justificada en los términos del Artículo 8 CEDH.

El Caso Silver, STEDH de 25 marzo 1983, sobre interceptación y demora de la correspondencia de varios presos. El TEDH hace un minucioso análisis de la necesidad de la medida y si bien reconoce que el CEDH admite alguna fiscalización de la correspondencia, deja claro que toda limitación a los derechos fundamentales debe ser necesaria, proporcional, interpretada restrictivamente y con una finalidad legítima.

El Caso Engel, STEDH de 8 junio 1976, sobre el alcance que se reconoce a los derechos de los soldados en el servicio militar. Plantea especialidades anejas a la condición de militar en cuanto a la interpretación de conceptos como "orden" (en su acepción de orden público o de un particular grupo social, en este caso militar, cuya falta puede afectar al orden social entero). Referida al servicio militar, es una de las sentencias de más impacto y más citadas en la que se hacen precisiones sobre el alcance de la libertad de expresión en el ámbito militar, cuyas limitaciones se establecen en lo necesario para una sociedad democrática con la finalidad de defender el orden que debe reinar en un grupo social particular como el que constituyen las Fuerzas Armadas, ya que el desorden en este grupo puede trascender a la sociedad entera.

Los tres casos tienen en común la idea de que las limitaciones a los derechos fundamentales no son absolutas y que la diferencia de tradiciones en las instituciones de los países miembros (prisiones, funcionarios, ejércitos), obliga a buscar unos estándares mínimos europeos comúnmente aceptados, para evitar la aplicación de sanciones excesivamente graves o duraderas que serían contrarias al Convenio, de sobrepasar ese estándar común. Véase LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. pp. 357-360.

En cuanto a la naturaleza de las sentencias del TEDH y el valor de la doctrina que sientan respecto al derecho interno, el TC asume la doctrina europea a efectos de criterio interpretativo y venía sosteniendo la naturaleza declarativa de las sentencias del TEDH, que no es una instancia supranacional y superior que pueda revisar o controlar las sentencias nacionales⁹¹⁸. El CEDH no obliga, en todo caso, a anular las sentencias nacionales sino a reparar el daño causado⁹¹⁹. Pero si el TEDH declara violado un derecho fundamental reconocido en el Convenio y en la CE, correspondería enjuiciar dicha violación al TC, al que como intérprete y juez supremo, nada de lo que afecte a los derechos fundamentales le es ajeno⁹²⁰.

⁹¹⁸ STC 36/1984 de 14 marzo (tutela judicial efectiva) EJ 3:”.. Este concepto [por ejemplo, el de proceso sin dilaciones indebidas] es manifiestamente un concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico. La remisión que el art. 10.2 de la C.E. hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aún aconseja, referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (T.E.D.H.) al aplicar la norma contenida en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, según la cual «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial...».

Como muestra de la recepción jurisprudencial del TEDH, por ejemplo, se cita el caso Engel (STDH de 8 junio 1976) en ATC 103/2000, ATC 340/1996, STC 14/1999, STC 21/1981, STC 24/1999, STC 56/1997, STC 196/1991, STC 288/1994, STC 371/1993.

⁹¹⁹ Artículo 50 CEDH. “Si la decisión del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio, y si el Derecho interno de dicha Parte solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada”.

⁹²⁰ STC 245/1991, FJ 3: “En efecto, que el Convenio Europeo no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico interno la fuerza ejecutoria directa de las Sentencias del TEDH no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio. Ha de tenerse en cuenta que el Convenio no solo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la C.E., sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la C.E., deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España (art. 10.2 C.E.), entre los que ocupa un especial papel el Convenio [...]. El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado. De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno. Por tanto ha de valorarse, en el plano de nuestro Derecho interno, si existen medidas para poder corregir y

5.3.2. LA PROGRESIVA IMPLICACIÓN COMUNITARIA EUROPEA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

La Unión Europea surge con este nombre en el Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht (1992), que reformó los tratados constitutivos de la comunidad europea del carbón y el acero (CECA), de la energía atómica (EURATOM) y de la comunidad económica europea (CEE), surgidos en la década de mil novecientos cincuenta. Los tratados de las comunidades europeas establecían unas instituciones comunes (Parlamento, Consejo, Comisión y Tribunal de Justicia) cuyas competencias nacen por cesión de los Estados miembros para conseguir objetivos de interés común, en particular, la creación de un mercado europeo único.

Las **competencias** de la Unión Europea comprenden solo las materias en las que se ha cedido su ejercicio por parte de los Estados, según sus respectivos mecanismos constitucionales, aunque estas competencias no figuran en una lista cerrada sino que se atribuyen en función de los objetivos a conseguir, bajo un criterio funcional en un sistema flexible. Pese a la inexistencia de un listado claro de competencias, la doctrina distingue entre las exclusivas de la comunidad, las concurrentes, que desplazan a la estatal sobre la misma materia, y las competencias compartidas en las que las normas comunitarias complementan a las estatales. En esta tipología es importante subrayar el carácter expansivo que pueden revestir las competencias concurrentes en su desplazamiento de las normas estatales, por lo que el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) introdujo el principio de subsidiariedad, vista la necesidad de frenar la intervención comunitaria en materias de ámbito estatal⁹²¹.

Las escasas referencias en materia de derechos que contenían los primeros tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, como las

reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental, en especial cuando se trata de la violación del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 C.E.”.

⁹²¹ Artículo 5 TCEE: “La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que este le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

libertades de circulación de personas, bienes y capitales o la no discriminación por razón de nacionalidad, no perseguían otra finalidad que la de facilitar la consecución del objetivo económico común que pretendían en el contexto de aquella llamada “Europa de los mercaderes”.

Dado que los objetivos eran puramente económicos, no se consideraba necesario incidir en materia de derechos, por estimar que era improbable que la actividad de las Comunidades pudiera afectarles, al carecer estas de poder político, razón por la que los derechos y libertades no formaban parte significativa de los tratados fundacionales. Pero pese a esta carencia de referencias explícitas, el respeto por los derechos humanos estaba implícito en el espíritu de los tratados, porque uno de los requisitos exigidos a los Estados para incorporarse a las Comunidades, precisamente era el respeto a los derechos fundamentales junto con un sistema político democrático.

Conforme la integración europea evolucionaba más allá de los aspectos puramente mercantiles, esta disociación teórica entre lo económico y los derechos pronto se mostró errónea, porque los actos de las Comunidades podían violar derechos que los individuos tenían reconocidos en sus Constituciones nacionales; derechos que comenzaron a defender tanto en su ámbito nacional como ante el **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas** (TJCE), que se fue implicando en la cuestión porque, dada la carencia de un catálogo comunitario de derechos, correspondía al TJCE llevar el peso de la protección de estos mediante la creación jurisprudencial, a falta de una mejor solución.

Ante este panorama, el TJCE mantuvo inicialmente una actitud que la doctrina llamó “inhibicionista”, cuando aún no se habían consolidado los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario, El TJCE rechazaba el valor del derecho interno de los Estados miembros en materias comunitarias y, enrocándose en que su función debía ceñirse a aplicar el Derecho comunitario, que era un ámbito vedado a las normas estatales, evitaba pronunciarse sobre las vulneraciones de derechos alegadas.

Desde finales de la década de mil novecientos sesenta, el TJCE entró en una fase o actitud que se ha llamado “proteccionista”, en la que pasó a considerar a los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario que deben respetarse y cuyo contenido era el derivado de las tradiciones

constitucionales comunes de los Estados miembros, así como de los convenios de protección a los que se hayan adherido esos Estados, el CEDH en particular. Por otra parte, la aplicación del principio de primacía de las normas comunitarias sobre las nacionales sin que importara el rango de estas, puso en peligro la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados en sede constitucional.

Esta nueva visión provocó el rechazo de los tribunales constitucionales, que cuestionaron la supremacía del Derecho comunitario cuando su aplicación vulneraba los derechos que garantizaban sus respectivas Constituciones nacionales, de manera que, ante las carencias comunitarias en esta materia, estos tribunales se declaraban competentes para declarar inconstitucional una norma comunitaria en el caso referido, quebrando la supremacía del derecho comunitario. Se produjo así la llamada “rebelión” de los Tribunales constitucionales de Italia y Alemania, que comenzó en los años setenta⁹²². El TJCE reaccionó implicándose decididamente en materia de derechos fundamentales y, sobre la base de la doctrina acuñada en su etapa “proteccionista”, estimó que pese a la carencia de una declaración de derechos, estos se podían deducir de los principios generales del Derecho comunitario y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, por lo que las normas comunitarias que violaran algún derecho fundamental podrían anularse judicialmente. Con esta doctrina, el TJCE compatibilizó la protección de los derechos con el principio de primacía del derecho comunitario respecto al de los Estados miembros, reafirmando al mismo tiempo su posición institucional. Así, gracias al esfuerzo jurisprudencial del TJCE para buscar soluciones prácticas y extender su tutela a cualquier lesión de derechos fundamentales, los “rebeldes” fueron atemperando la radicalidad de sus posiciones para conformarse con que las Comunidades garantizaran una protección eficaz de los derechos fundamentales que, en lo esencial, fuera equivalente a la que ofrecían sus Constituciones nacionales⁹²³.

⁹²² Sentencia *Frontini* de 27 de diciembre 1973 (Italia) y Sentencia *Solange I* de 29 de mayo 1974 (Alemania).

⁹²³ Sentencia *Solange II* de 26 de octubre 1986.

“...recordemos que los derechos fundamentales son, en el ordenamiento comunitario, principios generales cuyo contenido lo conforman las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y las normas de los tratados internacionales relativos a la protección de los derechos

No obstante, seguía siendo extraño que las Comunidades europeas carecieran de una Declaración de derechos propia y común en sus textos constitutivos y, además, esta falta impedía conocer con precisión el elenco de derechos así como su alcance; con la consiguiente inseguridad jurídica de los ciudadanos para acudir a los tribunales en demanda de protección de unos derechos de cuyo reconocimiento y extensión no estaban seguros. Asimismo, esta circunstancia suponía una carga añadida para el TJCE en su labor interpretativa de los tratados, que podría reducirse de existir esa Declaración.

En el fondo, el tratamiento de los derechos fundamentales no es sino una manifestación de cierta rigidez que es posible observar en el funcionamiento comunitario y que pueden atribuirse a que el **proceso de integración** europea se ha desarrollado hasta ahora según un modelo ya superado por la realidad de los hechos; basado sobre una manifiesta asimetría entre el plano político (más próximo a una confederación) y el plano jurídico (más próximo a una federación); con un viciado interés de los gobiernos en que la Unión Europea sea “Estado” conforme a sus intereses; particularmente como medio para aplicar directamente a los ciudadanos decisiones adoptadas en el nivel europeo, puenteando así el trámite ordinario en el ámbito estatal interno en el que no podrían o querrían adoptarlas por resultar incómodas, inoportunas o por suponer un extraordinario desgaste político para el gobierno (reconversiones industriales, políticas agrarias, pesca, etc). Evidentemente, estas actuaciones perjudican la consideración de la idea de Europa entre los afectados y provoca reticencias hacia el proceso de integración, por atribuir a ese ámbito medidas traumáticas que en realidad han decidido los Estados; por lo que a juicio de Balaguer Callejón, los Estados no han perdido soberanía, lo que han hecho es desplazarla hacia un marco supranacional de concertación con otros⁹²⁴.

humanos de los que son signatarios los Estados miembros (especialmente la CEDH); tales principios han de ser observados y respetados por las instituciones comunitarias y también por los Estados en la medida en que actúen en ejecución o desarrollo del Derecho comunitario. De este modo, por consiguiente, se configuran como fuentes del Derecho comunitario, cuya vulneración puede ser sancionada por el TJCE a través de los mecanismos jurisdiccionales ordinariamente previstos en los Tratados”. CAMARA VILLAR, G.: *Manual de derecho constitucional. Volumen II. (Capítulo XXIV)*. 2008, cit. p. 394.

⁹²⁴ “Los Estados han decidido conjuntamente en Europa mediante mecanismos de concertación supranacional sustrayendo esas decisiones a su espacio constitucional y al debate público nacional, y obligándose a cumplirlas a través de su inserción en un sistema jurídico que les

El **modelo fundacional** de toma de decisiones ha resultado eficaz para el desarrollo económico en los primeros cincuenta años de la Unión, mientras eran pocos Estados y con bastante coincidencia en sus intereses, pero las ampliaciones sucesivas hasta los veintisiete actuales, con marcadas diferencias en algunos casos, ha ido entorpeciendo el funcionamiento de ese modelo hasta hacer evidente la necesidad de cambiarlo. En síntesis, se trataría de pasar de un modelo de decisión basado en los Estados y lastrado por un cierto déficit democrático, a otro fundado sobre los ciudadanos europeos; como mejor sistema para avanzar en la integración europea que forzosamente tendrá que revestir naturaleza constitucional, como culminación natural del proceso de integración. Además, este proceso no puede esperar demasiado, si Europa pretende mantenerse en los puestos de cabeza del mundo desarrollado.

5.3.2. a. **Las etapas del proceso.**

Era difícil ignorar que la crisis provocada por la referida “rebelión” de los tribunales había cerrado en falso. Existía un problema de seguridad jurídica, porque el contenido de los derechos dependía de las interpretaciones del TJCE y por esta misma razón era difícil esgrimirlos ante los tribunales dado lo impreciso de ese contenido.

La solución lógica era buscar una Declaración de derechos radicada en los textos constitutivos de la comunidad, por lo que esta inquietud ha estado “progresivamente” presente en las etapas del proceso de integración europeo. Así, durante la década de mil novecientos ochenta se inicia un **proceso de reforma** y adaptación cuyos **hitos** fundamentales se resumen a continuación.

El **Acta Única** Europea (1985), ya contiene una referencia expresa al CEDH y a los derechos fundamentales en general.

El Tratado de la Unión o Tratado de **Maastricht** (1992), impulsó el cambio de la Europa de los mercaderes a la Europa de los ciudadanos, estableciendo la “ciudadanía” de la Unión y expresando el compromiso de la Unión Europea con los derechos humanos. Introdujo alguna referencia al CEDH y al concepto

vinculaba por medio del principio de primacía”. Véase BALAGUER CALLEJON, F.: *Manual de derecho constitucional. Volumen I. (Capítulo IX)*. 2008, cit. pp.201-205.

“ciudadanía europea” se ligaban, entre otros, derechos como el sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo, así como el derecho de libre circulación y residencia⁹²⁵. Así, Maastricht supuso un punto de inflexión en la marcha hacia la “Europa de los ciudadanos”, al establecer una serie de derechos asociados a esta condición ciudadana (circulación, sufragio, petición, etc) y dirigir a las Instituciones de la Unión el mandato de respetar los derechos fundamentales, tal como se garantizan en el CEDH y resulta de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados, lo que era una manera de favorecer la participación y avanzar en la democratización del proceso de integración. También desde Maastricht se ha regulado la cooperación europea en otros ámbitos como la política exterior y la seguridad común, o en el ámbito penal en sus aspectos judiciales y policiales.

El Tratado de **Ámsterdam** (1997) supuso otro avance en el compromiso con los derechos fundamentales, formulando los principios constitucionales comunitarios, arbitrando mecanismos de defensa contra los Estados que no los respeten, luchando por la igualdad al sancionar las medidas de acción positiva y discriminación inversa y, mediante el Artículo 46,d TUE, estableciendo que el respeto de los derechos fundamentales será controlado por el TJCE⁹²⁶.

5.3.2. b. **La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.**

⁹²⁵ Por ejemplo, véase el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 7 febrero 1992), Artículo F. 2. “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

⁹²⁶ Artículo 46 TUE: “Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica relativas a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al ejercicio de la misma solo serán aplicables a las siguientes disposiciones del presente Tratado:[...] d) el apartado 2 del artículo 6 con respecto a la actuación de las instituciones, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado;...”.

Artículo 6 TUE: “[. . .] 2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario...”.

La idea latente de una constitución europea pasa ineludiblemente por la adopción de un catálogo o declaración de derechos fundamentales igualmente comunitario. Para ello se han barajado diversas opciones; como se ha visto, inicialmente se planteó como más lógica la simple adhesión al CEDH, aunque no fue posible. La opción que quedaba abierta era adoptar un catálogo propio, europeo, de derechos fundamentales que pudiera incorporarse a una futura Constitución para Europa. Tras algunos intentos que no prosperaron, se optó por lo que podemos llamar una aproximación indirecta al objetivo, es decir trabajar la estructura ya existente, midiendo los pasos para “constitucionalizar” los Tratados vigentes con el objetivo último de incorporar los derechos del CEDH completados y actualizados con otras aportaciones⁹²⁷.

En esta idea, el Consejo decidió en **Colonia** (3-4 junio 1999) que debía redactarse una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, al tiempo que establecía un procedimiento para hacerlo⁹²⁸. Esto exigía fijar y regular los derechos y, en consecuencia, adaptar las instituciones europeas. En esta línea, el Parlamento europeo propuso la unificación de los tratados vigentes en un solo texto, con dos partes bien diferenciadas: una constitucional, en la que encajarían los derechos fundamentales y otra política, con valor de tratado. Para el Parlamento europeo, la redacción de la Carta se asociaba plenamente con una futura Constitución para Europa, en la que aquella podría constituir el núcleo de su parte dogmática.

En Colonia se fijaron también los criterios básicos de la futura Carta: derechos a integrar, órgano de redacción y calendario. Asimismo, en el Consejo de **Helsinki** (15-16 octubre 1999) se fijó el calendario para reformar y adaptar las instituciones de la Unión a las nuevas exigencias.

⁹²⁷ Véase FREIXES SANJUAN, Teresa; REMOTTI, José Carlos: *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*, Colección Ideas y Políticas Constitucionales, MINIM Ediciones, Valencia, 2002, pp. 11-45.

⁹²⁸ La Carta se elaboró a lo largo del año 2000 por una autodenominada Convención formada para cumplir la encomienda del Consejo Europeo de Colonia (3-4 junio 1999) de integrar en un catálogo los derechos fundamentales de libertad e igualdad y las garantías procesales fundamentales, tal y como resultan del CEDH y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, junto con los derechos de ciudadanía de la Unión y, en cuanto no sean meros objetivos finales, los derechos económicos y sociales, ya enunciados en las Carta Sociales. Véase en LOPEZ CASTILLO, Antonio: “Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de los Derechos Fundamentales de la U E”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 113, julio-septiembre 2001, pp.43-73.

Se iniciaba así un proceso que culminaría en **Niza** el 7 de diciembre de 2000 cuando los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firman y proclaman solemnemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en nombre de las tres instituciones. No obstante, los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos decidieron no introducir en el Tratado ninguna referencia a la Carta, posponiendo la declaración sobre su valor vinculante para más adelante. Esto significa que, reconociendo al mismo tiempo su valor político (por primera vez se encuentran reunidos en un único texto los derechos civiles y políticos clásicos así como los derechos económicos y sociales), el texto seguía careciendo de valor jurídico vinculante⁹²⁹.

El Tratado de Niza refuerza el control político del Consejo en materia de derechos, mediante una fórmula de control preventivo, según la cual este puede dirigir “recomendaciones adecuadas” al Estado miembro en el que se constate que existe un “riesgo claro de violación grave” de los principios comunitarios establecidos en esta materia.

La Carta proclamada en Niza representa la síntesis de los valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea. Su objetivo se explica en el preámbulo: “Por ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta,

⁹²⁹ La proclamación solemne se hizo por el Consejo Europeo, el Parlamento y la Comisión, pero en Niza se dejó para abordar posteriormente el estudio de la posible incorporación de la Carta a los Tratados y en qué modo habría de hacerse en caso afirmativo.

La secuencia temporal de las etapas que condujeron a la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea, fue la siguiente:

- 3 y 4 de junio de 1999: el Consejo Europeo de Colonia consideró útil reunir los derechos fundamentales en vigor en la Unión en una Carta para darles una mayor visibilidad. Esta Carta debía contener los principios generales contenidos en el Convenio del Consejo de Europa de 1950, los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, los derechos fundamentales reservados a los ciudadanos de la Unión y los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta social europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- 15 y 16 de octubre de 1999: el Consejo Europeo de Tampere se consagró exclusivamente a la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Esta Cumbre permitió, entre otras cosas, determinar la composición y el método de trabajo de la Convención encargada de elaborar el proyecto de Carta de los Derechos fundamentales.
- 17 de diciembre de 1999: se constituyó la Convención.
- 2 de octubre de 2000: se adopta el proyecto.
- 13 y 14 de octubre de 2000: el Consejo Europeo de Biarritz aprueba por unanimidad el proyecto y lo transmite al Parlamento Europeo y a la Comisión.
- 14 de noviembre de 2000: el Parlamento da el visto bueno.
- 6 de diciembre de 2000: la Comisión da el visto bueno.

reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos”.

La **redacción** de la Carta se acometió conforme al procedimiento establecido en Tampere, constituyendo para ello un órgano que, con reminiscencias dieciochescas, se denominó “la Convención”. Estaba formada por sesenta y dos titulares de diversas procedencias: representantes de parlamentos europeos y nacionales, de gobiernos, de instituciones y órganos de la Unión y del Consejo de Europa⁹³⁰.

Respecto al método de la conferencia intergubernamental para la toma de decisiones, la Convención ha supuesto un gran avance desde el punto de vista de la legitimidad democrática y participación ciudadana⁹³¹.

Como elemento ejecutivo, ponente y redactor del texto, se eligió un *Presidium* compuesto por miembros de la Convención. Fueron puntos intensamente debatidos algunas declaraciones del Preámbulo, como la referencia a la herencia religiosa de los pueblos de Europa; los derechos sociales; la igualdad entre mujeres y hombres; las cláusulas generales o transversales, para afrontar el caso de los derechos regulados de forma desigual en otros textos, como el CEDH, lo que afectaba a la norma aplicable para su nivel de protección. Pero como, según los acuerdos de Colonia, los derechos fundamentales debían recogerse tal como lo estaban en los Tratados, en el CEDH y en las cartas

⁹³⁰ La Convención estaba compuesta de 62 miembros: 15 representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, 1 representante del Presidente de la Comisión Europea, 16 miembros del Parlamento Europeo, 30 miembros de los parlamentos nacionales (dos por cada uno). Como observadores, participaron el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (dos representantes por cada institución). También se ha oído durante los trabajos: al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones, al Defensor del Pueblo Europeo, a los países candidatos y a cualquier otra instancia, grupo social o experto invitado. La Secretaría y la coordinación administrativa correspondieron a la Secretaría General del Consejo. El Presidente, elegido por los miembros del foro en la persona de Roman Herzog (antiguo Presidente de la República Federal de Alemania), se encargó del programa de trabajo y los trabajos preparatorios. Los debates y los documentos presentados durante los debates eran en principio públicos. Se crearon unos Grupos del Trabajo y, al mismo tiempo, el Comité de redacción, compuesto por el Presidente, unos tres Vicepresidentes y el representante de la Comisión, elaboró un anteproyecto de carta en concertación con los otros miembros. La Convención celebró sus reuniones en Bruselas utilizando el régimen lingüístico en su totalidad (once lenguas).

⁹³¹ No obstante, también se han formulado algunas críticas sobre los criterios empleados en la formación de la Convención: como puede ser la decantación hacia los intereses de los Estados miembros o la representación desequilibrada entre mujeres y hombres. Véase FREIXES SANJUAN, T.; REMOTTI, J. C.: *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*, cit. pp. 25-28.

sociales de la Unión y del Consejo de Europa, admitiéndose además la incorporación de algunos nuevos, el mandato recibido por la Convención

“...significaba la realización de un trabajo de refundición y, paralelamente, de actualización, para conseguir la configuración de un catálogo de derechos fundamentales susceptible de ser no solo aceptado políticamente por la Convención sino adecuado a su incorporación futura en el texto de los Tratados o, en su caso, en el de la futura Constitución europea”⁹³².

Esto suponía una complicación añadida al trabajo, que quizás por ello también avanzaba, porque durante todo el proceso las distintas instituciones y el Consejo de Europa tuvieron que posicionarse sobre algunas cuestiones concretas. Así, para la Comisión europea, la Carta no implicaba ni prohibía la adhesión al CEDH, el Consejo de Europa propuso reabrir el debate sobre la adhesión al CEDH y el Parlamento se mostró partidario de esta.

Finalmente, el 2 de octubre de 2000 se adoptó la Carta ante el Parlamento europeo, pero entre esta fecha y la cumbre de **Niza** ya hubo pronunciamientos sobre la Carta; como el Reino Unido, que se mostraba disconforme con la amplitud con que se recogían los derechos sociales, además de reticencias de otros países.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “viene a ser el más moderno denominador común de los derechos y las libertades fundamentales a partir de las tradiciones de los Estados miembros”⁹³³. Incluye algunos derechos nuevos pero, en general, recoge y sistematiza los ya aceptados con fundamento en los principios universales de dignidad de la persona, libertad, igualdad y solidaridad, que configuran el soporte relacional de los derechos que incorpora y que además son tratados sin distinguir entre civiles económicos o sociales.

La Carta **contiene** un catálogo de derechos fundamentales, de todo tipo, con la característica de ser el primero de esta clase aceptado por la Unión Europea, en cuyo Preámbulo se recogen sus principios inspiradores. Se compone

⁹³² FREIXES SANJUAN, T.; REMOTTI, J. C.: *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*, cit. p. 35.

⁹³³ CÁMARA VILLAR, Gregorio: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa; Montilla Martos, José Antonio. Tecnos (2ª edición), Madrid, 2007, p.375.

de cincuenta y cuatro artículos en un preámbulo y siete capítulos. El primer capítulo (“Dignidad”) trata de la dignidad humana, el derecho a la vida y a la integridad, la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes y de la esclavitud y el trabajo forzado⁹³⁴. El segundo capítulo (“Libertades”) incluye catorce artículos relativos al derecho a la libertad y a la seguridad, el respeto a la vida privada y familiar, la protección de datos, matrimonio y familia, libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de expresión e información, de reunión y asociación y otros. El capítulo tercero (“Igualdad”) dedica sus siete artículos a aspectos como la igualdad ante la ley, no discriminación o igualdad entre hombres y mujeres. El capítulo cuarto (“Solidaridad”) se dedica a los derechos relacionados con el ámbito laboral y social. El capítulo quinto (“Ciudadanía”) comprende derechos relacionados con el sistema electoral y las relaciones del ciudadano con la Administración, así como la libertad de circulación y residencia. El capítulo sexto (“Justicia”) reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, principios de legalidad y proporcionalidad y el derecho a no ser acusado o condenado dos veces por el mismo delito. El capítulo séptimo (“Disposiciones generales”) recoge unas disposiciones para allanar las dificultades para su eficacia. Su objeto es establecer los vínculos entre la Carta y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como determinar el ámbito de aplicación de la Carta, es decir, su ámbito de aplicación, el alcance e interpretación de los derechos y principios, la prohibición del abuso de derecho y, en particular, su nivel de protección.

La **importancia** del contenido de la CDFUE radica, además de por el número de derechos que recoge y la amplitud con que los trata, en las medidas que establece para que esos derechos gocen de un alto nivel de protección en toda la Unión Europea. En particular, exige que toda limitación de derechos fundamentales se haga por ley y respetando su contenido esencial y que estas limitaciones superen el *test* compuesto por los requisitos de proporcionalidad y necesidad, lo que incluye su respuesta a objetivos de interés general o a la

⁹³⁴ Todos los Estados de la Unión han ratificado el 6º Protocolo CEDH y la inclusión de esta garantía en la Carta impide que futuros Estados miembros, bien por no haber ratificado el Protocolo citado, bien en virtud del principio de autonomía constitucional que el Tratado de la Unión Europea (artículo 6) les reconoce, puedan mantener o establecer la previsión de pena de muerte. España lo suscribió el 26 abril 1983 y lo ratificó mediante Instrumento de 20 diciembre 1984 (BOE de 17 abril 1985).

protección de derechos y libertades de otros. Por otra parte, el Artículo 53 CDFUE obliga a escoger y aplicar el *estándar* de protección de derechos que resulte más elevado, mediante la ponderación entre el Derecho de la Unión, el de los Estados miembros, el Derecho internacional y los convenios internacionales, en particular el CEDH, por lo que “establece una barrera para que los derechos no sufran reducciones en su interpretación basadas en el hecho del carácter genérico de su formulación”⁹³⁵.

En cualquier caso, la Carta no modifica las competencias y misiones ya definidas en los Tratados. Los destinatarios de sus disposiciones son los Estados miembros así como los órganos e instituciones de la Unión Europea (Artículo 51 CDFUE)⁹³⁶. Respecto a su alcance, hace una doble remisión, a las condiciones y límites determinados en los Tratados CCEE/UE (Artículo 52.2 CDFUE)⁹³⁷ y, en relación con los derechos garantizados en este, se remite al sentido y alcance que tengan en la CEDH, salvo que el Derecho de la Unión les conceda una protección mas amplia (Artículo 52.3 CDFUE).

La principal **carencia** de la CDFUE es que no tiene capacidad jurídica para obligar a su cumplimiento, ya que es solo una declaración solemne de derechos,

⁹³⁵ CÁMARA VILLAR, G.: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*. 2007, cit. p.382.

Artículo 53 CDFUE: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”. (Se corresponde literalmente con el Artículo 11-113 Nivel de protección, del Tratado Constitucional).

⁹³⁶ Artículo 51 CDFUE. Ámbito de aplicación. “1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias. 2. La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados”.

⁹³⁷ Artículo 52 CDFUE. Alcance de los derechos garantizados. “1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. 2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por estos. 3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

lo que tampoco significa que carezca de cierta fuerza⁹³⁸. Esta falta de efecto vinculante u obligatorio, se desprende de las disposiciones generales o “cláusulas horizontales”⁹³⁹ contenidas en sus Artículos 51 a 54, llamadas a limitar los ámbitos de competencias de la Comunidad y de la Unión, cláusulas que impiden la ampliación de las competencias comunitarias y dificultan la homogeneidad de la jurisprudencia del TJCE⁹⁴⁰.

No obstante, la falta de fuerza jurídica vinculante de la Carta no excluye su relevancia jurídica, ya que comenzó a utilizarse pronto como criterio de referencia para la interpretación de los derechos fundamentales. Se produjo una toma de posiciones al respecto, por un lado los gobiernos y por otro, los órganos jurisdiccionales y las Instituciones comunitarias. A este respecto, la Comisión y el Parlamento reconocían fuerza vinculante a la Carta, en tanto que el Consejo (que se había limitado a proclamarla) le reconocía naturaleza política, pero no

⁹³⁸ Alonso García estimaba que esta proclamación solemne de la Carta, sin más, se mantiene en la línea seguida hasta el momento en materia de protección de derechos fundamentales que se caracterizaría por una marcada cautela en el plano formal y un intenso compromiso de fondo de todas las Instituciones europeas, incluido el TJCE. En cualquier caso, su falta de fuerza jurídica vinculante, no implica ausencia de efectos jurídicos.

Respecto a la influencia de la CDFUE en el sistema relacional del Tribunal Constitucional, TEDH y TJCE, respecto al Convenio de Roma (CEDH) parece que la propia Carta se inclina por la convivencia de las tres instituciones (Artículo 6.2 TUE). Así, por razón de la materia, el TEDH (Estrasburgo) aplicaría el CEDH por ser su intérprete natural, mientras que el TJCE (Luxemburgo) lo aplicaría de manera indirecta, sentencia a sentencia, inspirándose en el CEDH. Por razón de la persona, el TEDH tendría jurisdicción general y directa sobre los Estados miembros en cuanto Partes contratantes del CEDH e indirectamente sobre las Instituciones de la Unión, a través del control que ejerce sobre esos Estados como ejecutores del Derecho comunitario; en tanto que el TJCE controlaba la actividad de unos y otras cuando la intervención se producía en los ámbitos de su competencia. En conclusión, la Carta no ha desplazado al CEDH ni al TEDH en el seno de la Unión y Estrasburgo continuará aplicando el CEDH como hasta el momento. Respecto al CEDH, la CDFUE añade la formalización de aspectos del Convenio e incorpora derechos y libertades que no figuraban en este, como los de contenido económico y social del Capítulo IV CDFUE.

Véase en ALONSO GARCIA, Ricardo: “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º. 13, INAP, mayo-agosto 2001, pp. 13-43.

Sobre la eficacia de la CDFUE puede verse FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: “Sobre la eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Herrero de la Fuente, Alberto A. (Editor), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Cuadernos del Instituto Rei Afonso Henriques de Cooperación Transfronteriza. N.º.2. Fundación Rei Afonso Henriques, Zamora, 2003, pp. 33-48.

⁹³⁹ CAPÍTULO VII. DISPOSICIONES GENERALES. Artículo 51 (Ámbito de aplicación). Artículo 52 (Alcance de los derechos garantizados). Artículo 53 (Nivel de protección). Artículo 54 Prohibición del abuso de derecho).

⁹⁴⁰ Véase MEDINA ORTEGA, Manuel: “La inserción de la Carta en el Derecho de la Unión Europea”, en Herrero de la Fuente, Alberto A. (Editor), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, cit. pp. 71-83.

jurídica⁹⁴¹. En cuanto al TJCE, no tardó en emplearla para fundamentar sus decisiones, como una referencia clara para la interpretación de los derechos fundamentales⁹⁴². De hecho, es mencionada regularmente en las conclusiones de los Abogados generales⁹⁴³.

La recepción de la Carta por el Tribunal Constitucional, como parámetro interpretativo indirecto de nuestras normas constitucionales, con apoyo en la habilitación del Artículo 10.2 CE, se produjo de manera anticipada a su aprobación en Niza, con independencia de la ratificación y entrada en vigor del Tratado⁹⁴⁴. Esta incorporación interpretativa es diferente de la invocación de un texto internacional para su aplicación directa y efecto vinculante, para lo que sería

⁹⁴¹ En un *memorandum* de la Comisión de marzo de 2001, el Presidente de la Comisión Europea, el Sr. Romano Prodi y el Comisario responsable de Justicia e Interior, el Sr. Antonio Vitorino, declararon que la Carta debe convertirse en la «piedra angular» de las acciones futuras de la Comisión. Desde entonces, toda nueva ley o todo nuevo instrumento legislativo que tenga una relación cualquiera con los derechos fundamentales debe contener la siguiente declaración formal: «El presente acto respeta los derechos fundamentales y se atiene a los principios reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

⁹⁴² En primera aproximación, Saiz Arnaiz descarta la condición normativa de la Carta. Considera que no es un Tratado ni fuente alguna del derecho comunitario o de la Unión y que en su estado actual (primer semestre 2001), no pasa de ser una declaración interinstitucional sin fuerza vinculante, por lo que considera la CDFUE como una expresión más de *soft law* o “fenómeno que presenta la características del Derecho en cuanto a su pretendido efecto de influenciar en el deseo y de restringir la libertad de aquellos a quien el *soft law* se dirige”, aunque produce la sensación de que algo falla en su naturaleza jurídica o vinculante tal y como conocemos el Derecho en la vida cotidiana. No obstante, nuestro Tribunal Constitucional ha usado para sus argumentaciones, sin problema, el *soft law* y textos de producción internacional jurídicamente no vinculantes (por ejemplo STC 292/2000 de 30 noviembre). Véase en SAIZ ARNAIZ, Alejandro: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, INAP, mayo-agosto 2001, pp.153-170.

Sobre la existencia de un *soft law* comunitario que agrupa actos normativos atípicos como acuerdos, recomendaciones o dictámenes, así como directrices políticas o declaraciones de derechos, puede verse ALONSO GARCIA, Ricardo: “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública* n.º. 154, enero-abril 2001, pp. 63-94.

Sobre el ámbito personal y objetivo de la vigencia de la CDFUE véase WEBER, Albrecht: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22. Núm. 64, enero-abril 2002, pp. 79 - 97.

Algunas reflexiones, aspectos problemáticos y cuestiones concretas sobre la Carta, pueden verse en HERRERO DE LA FUENTE, A. A. (Editor): *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, cit.

⁹⁴³ Las conclusiones de los Abogados generales no vinculan al TJCE sino que sugieren soluciones jurídicas susceptibles de influirlo. Estas conclusiones solo hacen a veces referencia a la Carta de manera marginal, pero en algunos casos, los Abogados generales se remiten a ella para interpretar los derechos fundamentales, recordando no obstante que no tiene fuerza vinculante. La ausencia de estatuto jurídico de la carta no significa sin embargo que carezca de validez.

⁹⁴⁴ Véase STC 292/2000 de 30 noviembre (protección de datos personales), versa sobre el derecho a la intimidad puesto en relación con la “libertad informática”. En ella, el TC resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley Orgánica 15/1 999 de 13 diciembre sobre Protección de Datos de carácter Personal. El TC señaló entre otros, como valioso criterio hermenéutico, la CDFUE y en particular su artículo 8 que reconoce este derecho. Véase también STC 53/2002 de 27 febrero, FJ 3b (derecho de asilo).

necesario superar previamente el trámite fijado por el Artículo 96.1 CE, según subrayó el mismo Tribunal en su STC 141/1998 de 29 junio⁹⁴⁵.

La Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, autorizó la ratificación por España del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el día 26 de febrero de 2001.

5.3.2. c. El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

El siguiente hito no podía ser otro que el establecimiento de una Constitución para Europa, que incluyera la CDFUE dotándola así de fuerza jurídica vinculante.

La diferencia sustancial del proceso integrador iniciado en la Europa de 1950, es que, a diferencia de intentos anteriores generalmente agresivos, ahora se trataba de un proceso con fundamento jurídico, en la que los Estados cedían voluntariamente y en interés propio y común parte de sus competencias para atribuírselas a un ente supranacional. Además este proceso de integración se concibió desde su origen como un proceso abierto a todos los Estados europeos que reunieran unos requisitos mínimos: régimen democrático, garantía de los derechos fundamentales y un desarrollo económico adecuado para afrontar las obligaciones asumidas. También se han ido perfeccionando las competencias atribuidas a las Comunidades Europeas, adecuando sus instituciones para mejorar su eficacia mediante reformas sucesivas de los tratados constitutivos. Pero en Niza (Declaración n.º. 23) se dio un salto cualitativo en el perfeccionamiento del proceso de integración, al decidir elaborar una Constitución europea elaborada por una Convención; aunque el resultado no se corresponde con la primera impresión, dado que en razón del vigente Artículo 48 TUE, la última palabra la dijeron los Estados. Esencialmente, en Niza se abandonaba el método habitual de reformas “paso a paso” en favor de una vía más ambiciosa,

⁹⁴⁵ STC 141/1998 de 29 junio FJ 6: “...una cláusula de un Tratado [...] no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial. Los Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares...”.

transparente, eficaz, legítima y trascendental, pero que no llegaría a hacerse realidad por el simple rechazo de dos de los países fundadores (Francia y Holanda), desembocando en una crisis que paralizó el proceso de ratificación.

El proceso constituyente europeo se abrió formalmente con la Declaración de **Laeken** sobre el futuro de la Unión Europea (14-15 diciembre 2001), que fijó una serie de objetivos para cuya consecución se incorporaron mejoras importantes en cuanto a la democratización del proceso de decisión y la ampliación del proceso de integración mediante la incorporación de nuevos ámbitos materiales. La Declaración contenía sesenta preguntas como desarrollo de las cuestiones planteadas en Niza, reconociendo que la Unión estaba en un momento crítico en el que debía afrontar específicos retos internos (euro, ciudadanía, ampliaciones) y externos (globalización, terrorismo), lo que exigía las necesarias reformas⁹⁴⁶.

La tarea era elaborar un “tratado constitucional” para Europa, pero con la ventaja inicial de partir de una Carta de derechos fundamentales ya existente y de los derechos ya reconocidos en los Tratados. Se trataba más de una tarea de completar, organizar y refinar un material ya existente en gran parte, para obtener así unos textos jurídicamente correctos, formalmente claros y, sobre todo, aceptables por los Estados miembros o los futuros.

El **Tratado** Constitucional se elaboró en el contexto de la ampliación territorial de la Unión Europea y de la búsqueda de un mayor compromiso en la intensificación de este proceso. Aunque ambos eran objetivos ya fijados en los compases iniciales del Tratado de París (1951), entonces eran solo seis Estados, mientras que las circunstancias actuales exigían actualizar las técnicas para el funcionamiento operativo de la Unión.

La elaboración del Tratado constitucional solo puede considerarse como un proceso constituyente en sentido muy genérico. Hasta entonces se empleaba el sistema de convocar una conferencia intergubernamental (dG), en la que los gobiernos decidían los términos de la modificación; en cambio, la CIG de Niza (diciembre 2000) planteó la necesidad de un debate más amplio y profundo y con una mayor participación de otras instancias comunitarias y nacionales.

En la Cumbre de Laeken se acordó que para el debate sobre el futuro europeo se emplearía el procedimiento de la Convención, a semejanza con la que redactó la Carta de derechos fundamentales, complementado con la participación de la sociedad civil mediante un *forum* habilitado al efecto⁹⁴⁷. Esta Convención debía examinar las cuestiones esenciales, investigar y proponer respuestas a las preguntas que se planteaban en la Declaración. No obstante, esta Declaración marcaba ya las líneas maestras del trabajo de la Convención y su composición, por referencia a la Convención que había elaborado la Carta de Derechos Fundamentales, asimismo se le marcaba un calendario de trabajo. La Convención tenía que simplificar los tratados, distinguir entre un tratado básico y las demás disposiciones, integrar la Carta en ese tratado básico, pronunciarse sobre la posible adhesión al CEDH y avanzar hacia un texto constitucional. Para la elaboración del proyecto de constitución para Europa habían de tenerse en cuenta, entre otros, que las constituciones no solo recogen los derechos fundamentales sino que establecen sus mecanismos de protección, lo que es una tradición consolidada en Europa, por lo que la futura Constitución no podría afrontarse eludiendo la inserción de los derechos fundamentales y su sistema de garantías. Corolario de esto sería la necesidad de revisar y actualizar los tratados comunitarios en vigor.

Como resultado de sus trabajos, la Convención presentó un Proyecto de Tratado, que con algunas modificaciones se firmó en Roma el 29 de octubre 2004 como “Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”, por los Jefes de Estado de Gobierno, y que estaba previsto que entrara en vigor el 1 noviembre 2006⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ En síntesis se trataba de la delimitación precisa de competencias de la Unión y los Estados, Carta de Derechos fundamentales, simplificación y mayor claridad de los Tratados, función de los Parlamentos nacionales en la estructura europea.

⁹⁴⁷ La Convención se reunió por primera vez el 28 de febrero de 2002 bajo la Presidencia de Valéry Giscard d’Estaing.

⁹⁴⁸ Hecho que no sucedió, porque aunque los veinticinco Estados miembros firmaron el Tratado por el que se establece una Constitución para la Europa (octubre 2004), su proceso de ratificación fracasó por la negativa de Francia y Holanda (en referéndum) y la suspensión de la ratificación en otros Estados.

Balaguer destaca dos quiebras en este proceso; una en cuanto a la elaboración, porque quien fijó el texto definitivo del Tratado constitucional no fue la Convención, sino la CIG que lo firmó; otra respecto al proceso de aprobación, ya que hubo que seguir un proceso de ratificación, inherente a la forma adoptada de tratado, establecido en el Artículo 48 TUE proceso que ha durado más de tres años y que a la postre ha resultado fallido por los referéndum negativos de Francia y Holanda,

En Roma, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se incorporó al Tratado en el que se establece una Constitución para Europa, como Parte II, para fijar los derechos que gozan los ciudadanos europeos tanto frente a las Instituciones comunitarias como frente a los Estados.

El proceso de constitucionalización europeo abrió grandes expectativas para los ciudadanos, aunque uno de los puntos más debatidos del Tratado haya sido el de su **naturaleza jurídica**, reflejo de la rápida evolución que está experimentando la Unión Europea desde el Derecho internacional al constitucional, ya que si para unos era un Tratado, para otros era una verdadera Constitución, o tenía la forma de un Tratado y el contenido de una Constitución. Pero si desde el punto de vista formal es un texto excesivamente amplio (448 artículos mas Protocolos y Anexos), no hay duda de que contiene características básicas de un texto constitucional, como pueden ser la inclusión de una Carta de derechos fundamentales, los mecanismos de control de poder o la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados, por lo que cabe concluir que el Tratado era una verdadera Constitución aunque adoptara la forma de Tratado⁹⁴⁹.

Pero este experimento ha fracasado, entre otras razones, por basarse en el acuerdo entre Estados soslayando la participación de los ciudadanos europeos que no han resultado tan dóciles en papel que se les había señalado de aprobar lo ya hecho en un proceso en el que no habían participado. Quizás otro habría sido el resultado si se hubiera habilitado a la Convención como verdadero órgano constituyente, porque lo que subyace es la pugna entre dos procedimientos de avance en la integración europea: el convencional internacional (Tratados) y el constitucional (Constitución). Actualmente el peso de los Estados en el proceso integrador hace que el procedimiento elegido se decante por el primero, pero el futuro apunta al segundo, porque no se compadece con el más elemental concepto de democracia como sistema en el que deciden las mayorías (con

que fueron determinantes para la crisis del Tratado constitucional. Véase BALAGUER CALLEJON, F.: *Manual de derecho constitucional. Volumen I. (Capítulo IX)*. 2008, cit. pp. 219-229.

⁹⁴⁹ Valoración que se puede extender claramente al Tratado de Lisboa en el que se mantienen sustancialmente las características anteriores. Balaguer Callejón, considera que se trató de un experimento novedoso para avanzar sin rupturas "desde el contexto internacional y supranacional hacia el contexto constitucional", en cualquier caso era un híbrido calificado por algunos como "objeto jurídico no identificado". Véase BALAGUER CALLEJON, F.: *Manual de derecho constitucional. Volumen I*. 2007, cit. pp. 207- 210.

respeto a las minorías), con el resultado ya mencionado del proceso de ratificación del Tratado por el que la inmensa mayoría de la población europea ha tenido que plegarse a la decisión de una minoría (Francia y Holanda).

Es claro que si ha de haber una Constitución de Europa, los derechos fundamentales deben ocupar el lugar central que les corresponde en la dogmática de un texto fundamental. Pero pese a la proclamación de Niza, no podía afirmarse sin más que la Carta iba a ser la **parte dogmática** de la futura Constitución europea, sobre todo porque era necesario armonizar esta con los derechos ya reconocidos en los tratados comunitarios; puesto que tanto el Tratado de la Comunidad europea (TCE) como el de la Unión Europea (TUE) recogen derechos fundamentales y sus regulaciones, pudiendo constatarse la presencia de estos derechos desde el TCE hasta la proclamada CDFUE⁹⁵⁰.

El **Tratado** por el que se instituye una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, recogía los derechos y libertades de la CDFUE en su Parte II de la Constitución y además establecía la adhesión de la Unión europea al CEDH⁹⁵¹.

“De esta manera se consolidaría una solución de alcance constitucional que haría posible en materia de derechos un control externo de los actos de las instituciones de la Unión y de los Estados miembros en la aplicación del Derecho Comunitario, contribuyendo de manera decisiva a la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones de los tres niveles de protección, interno, comunitario e internacional europeo, lo cual redundaría en la evitación de incongruencias y disparidades en la doctrina entre jurisdicciones y potenciaría al extremo la posibilidades de desarrollo de un Derecho constitucional común europeo en materia de derechos fundamentales”⁹⁵².

⁹⁵⁰ En el TUE, los Artículos 2 (ciudadanía), 6 (principios) y 7 (garantías); en el TCE, los Artículos 2 y 3 (igualdad), 13 (prohibición de discriminación), 17 al 21 (ciudadanía de la Unión), 39 al 45 (libertades económicas), 61 al 69 (asilo, inmigración, circulación de personas), 136 al 153 (derechos económicos y sociales), 190 (procedimiento electoral), 194 (petición), etc. Véase FREIXES SANJUAN, T.; REMOTTI, J. C.: *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*, cit. pp.66-75.

⁹⁵¹ Adhesión prevista en el Protocolo n.º 14 a la CEDH de 13 de mayo, que recoge expresamente que la Unión Europea podrá adherirse a la CEDEH. En cualquier caso, era evidente el avance de los derechos fundamentales, porque se proponía una auténtica Declaración de derechos; se garantizaba el estándar de protección más elevado, nunca inferior al ofrecido por las Constituciones estatales, se impulsaba la igualdad y se consolidaba la idea de ciudadanía europea, dotándola de nuevos derechos.

⁹⁵² CÁMARA VILLAR, G.: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*. 2007, cit. p.384.

No obstante, este Tratado suscitó dudas en el Gobierno español acerca de la constitucionalidad de varios de sus artículos, como el reconocimiento expreso del principio de primacía del Artículo 1-6 del Tratado⁹⁵³. Así, el Consejo de Estado planteó la posible contradicción del Artículo 1-6 con el Artículo 9.1 CE en su “Dictamen sobre el Tratado por el que se establece una constitución para Europa”, en el que sugería al Gobierno que, en uso del Artículo 95.2 CE consultara al TC sobre la constitucionalidad de ese Tratado⁹⁵⁴. En uso de la

⁹⁵³ Este reconocimiento expreso del principio de primacía, ya ha sido eliminado en el Tratado de Lisboa (que lo incorpora en la Declaración 17 anexa al Acta Final de la CIG que adoptó este Tratado).

⁹⁵⁴ El Dictamen del Consejo de Estado emitido el 21 octubre 2004, según consta en el texto de la Declaración del TC, precisaba entre otras cuestiones:

“Por lo que hace a la parte II del Tratado, en la que se integra, con pleno valor jurídico, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, el Consejo de Estado constata que su significado debe ponderarse a partir de la base de que las disposiciones de la Carta limitan su fuerza vinculante para los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión» (apartado 1 del artículo 11-111), delimitación que se une a la declaración de que ni la Carta ni el Convenio europeo implican ampliación alguna de las competencias atribuidas a la Unión. Además el artículo 11-113 impide, en un sentido similar al del artículo 53 del Convenio europeo, que las disposiciones de la Carta puedan interpretarse como limitativas o lesivas de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros y, en particular, el Convenio europeo [...], así como por las Constituciones de los Estados miembros. Por su lado el artículo 11-112 precisa, respecto de los derechos contenidos en la Carta que correspondan a derechos garantizados por el Convenio europeo, que «su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio», sin que obste a «que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa» (apartado 3), y añade que los derechos reconocidos por la Carta resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros «se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones» (apartado 4)”. De lo anterior concluye el Consejo de Estado que parece quedar garantizado «suficientemente que las disposiciones de la Carta no van a producir colisiones o discordancias con la configuración que la Constitución Española hace de esos derechos y libertades». Ahora bien, la coexistencia de dos sistemas de garantías con el establecido en el Convenio Europeo, al que expresamente se refiere también la Carta, supone la coexistencia de tres regímenes o parámetros en la tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio europeo y Carta) que determinará en el futuro, si el Tratado entra en vigor, un proceso de influencias mutuas no exento de problemas jurídicos que el Consejo de Estado considera corresponde aclarar al Tribunal Constitucional en lo que se refiere al sentido de la vinculación de las autoridades españolas por la Carta, las relaciones de esta con nuestro sistema constitucional de derechos y libertades y el modo de depuración de las normas que la contradigan...

Por último el Consejo de Estado analiza la proclamación explícita y formal en el artículo 1-6 del principio de primacía del Derecho de la Unión, cuestionándose sobre el posible conflicto entre ese precepto y la Constitución. Señala el Consejo de Estado que «el Tratado eleva a norma de la Constitución para Europa la primacía del Derecho comunitario. Dicho principio, que se ha calificado como una “exigencia existencial” de tal Derecho, como se sabe, es fruto de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [...], y significa que cualquier norma del Derecho comunitario, no solo del primario, sino también del derivado, prevalece sobre las de Derecho interno, cualquiera que sea el rango de estas, incluido el constitucional...».

El Consejo de Estado entiende que la redacción del artículo 1-6 del nuevo Tratado de la Unión puede chocar con la consideración de la Constitución Española como norma suprema de nuestro Ordenamiento jurídico y recomienda que se haga uso de la facultad prevista en el art. 95.2 CE

habilitación del Artículo 95.2 CE para resolver contradicciones, el Gobierno solicitó y obtuvo la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, que (con tres votos particulares) declaró que no existe contradicción entre la Constitución española y los Artículos 1-6, 11-111 y 11-112 de dicho Tratado, bastando el Artículo 93 CE para prestar el consentimiento del Estado⁹⁵⁵.

En cuanto a la Declaración del TC citada, a modo de síntesis, bastarán estas consideraciones de Saiz Arnaiz

“En definitiva, el Tribunal viene a sostener que el entendimiento de los derechos constitucionales a la luz de la Carta no plantea ningún problema en tanto en cuanto esta se interprete, a su vez, de conformidad con el Convenio de Roma de 1950 tal y como lo lee el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tanto desde la perspectiva constitucional (art. 10.2 CE), como desde los mandatos del Tratado (Preámbulo y Explicaciones de la Carta, y art. 11-112), todos los caminos parecen llevar a Estrasburgo, de manera que para el Tribunal Constitucional la última palabra sobre el ‘contenido mínimo’ de los derechos en Europa la tiene el supremo intérprete del CEDH, autor de una jurisprudencia que se viene asumiendo pacíficamente en España (aunque no falten episodios de conflicto) a lo

para que el Tribunal Constitucional declare si existe o no contradicción entre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la propia Constitución española. (BOE n.º. 3 de 4/1/2005).

Tres aspectos relevantes de la Declaración se tratan en LOPEZ CASTILLO, Antonio; SAIZ ARNAIZ Alejandro; FERRERES COMELLA, Víctor: *Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

⁹⁵⁵ Artículo 1-6. Derecho de la Unión. “La constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

Artículo 11-111. Ámbito de aplicación.”1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. [...]”.

Artículo 11-112. Alcance e interpretación de los derechos y principios.

“1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.
2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas.

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.[...]”.

largo de los últimos más de veinte años por mandato del art. 10.2 CE y que se asumirá en el futuro como resultado de un doble vínculo constitucional: el nacional y el europeo. Este vínculo europeo facilitará en gran medida la ausencia de conflicto, o al menos la reducción de sus posibilidades, entre los Tribunales de los Estados y el Tribunal de Justicia, ambos sometidos al común denominador estrasburguense⁹⁵⁶.

No obstante las dificultades surgidas para la entrada en vigor del Tratado de Roma, el Consejo Europeo de Bruselas (junio 2007) continuó considerando prioritaria esta cuestión y buscó la solución a la crisis mediante la incorporación del contenido constitucional del Tratado en un nuevo proyecto, aunque modificando la terminología.

5.3.2. d. **El Tratado de Lisboa.**

El 23 diciembre 2007, los jefes de Estado y Gobierno, firmaron en Lisboa el Tratado por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), abriendo un proceso que debe conducir en 2009 a un Tratado de la Unión Europea reformado y a un nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que sustituirá al actual TCE, poniendo fin a la grave crisis por la que atraviesa el actual proceso de integración europea⁹⁵⁷.

En este ir y venir previo a la firma de Lisboa, quedó de manifiesto la existencia de dos maneras de entender Europa: una Europa fuerte avanzando hacia la unión política y una Europa entendida solo como ámbito de cooperación gubernamental. De cualquier manera los representantes políticos de los Estados disidentes (Francia y Holanda) eran conscientes de la necesidad de encontrar una salida airosa a la situación, tarea que recayó en la presidencia alemana. Así, tras un proceso discreto, intenso y laborioso de concertación de voluntades, el

⁹⁵⁶ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: "De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa", en López Castillo, Antonio; Sáiz Arnáiz, Alejandro; Ferreres Comella, Víctor, *Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. pp. 74-75.

⁹⁵⁷ Véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *Estudio preliminar*, Real Instituto Elcano, 2008. Este Estudio está referido a la versión final (no oficial) de los textos del Tratado de reforma,

Consejo Europeo de 21-22 junio 2007 aprobó la convocatoria de una nueva CIG para elaborar un nuevo Tratado de reforma para modificar los TUE y TCE; pero esta vez el mandato tenía un contenido tan preciso y detallado que recogía sustancialmente el resultado final, con lo que limitaba el margen de negociación política sobre el Tratado. Además, el trabajo debía estar terminado en diciembre 2007 y su negociación se haría exclusivamente en el seno de una CIG, que a la vista de los hechos, debería celebrarse rápidamente y con poco margen para la discusión. En realidad, se había vuelto al método tradicional de reforma de los tratados constitutivos, el diplomático, con el que se quiso dar fin a una crisis que se alargaba demasiado.

El Tratado de Lisboa modifica tres Tratados: Unión Europea, Constitutivo de la Comunidad Europea y el de la Energía Atómica.

Tiene una estructura sencilla, a la vez que resulta extremadamente complicado. Consta de un preámbulo breve y solo siete Artículos, una estructura similar a la de anteriores tratados de reforma. En el preámbulo se hace referencia al deseo de “reforzar la eficacia y legitimidad democrática de la Unión y mejorar la coherencia de su acción”, subrayando que se trata de completar el proceso iniciado en Ámsterdam y Niza. Pero los Artículos 1 y 2 que modifican el TUE y el TCE llevan anexados más de ciento setenta páginas comprensivas de las sucesivas modificaciones. Los siguientes cinco artículos son breves y hacen referencia a la celebración del Tratado por tiempo ilimitado, los protocolos anexos (no menos extensos y farragosos), la reenumeración de los nuevos tratados, el mecanismo de entrada en vigor y las lenguas auténticas del texto.

Ha mantenido las principales aportaciones del Tratado Constitucional. La estructura de la Unión será única, liquidando la actual división en tres pilares, uno comunitario (CE y CEEA) y dos extracomunitarios (Política Exterior y de Seguridad Común y Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal).

Al final, se habrá mejorado el Tratado de Niza, pero sin alcanzar el Tratado Constitucional, aunque se ha conservado lo sustancial de este.

Aunque el Tratado Constitucional incluía en su Parte II la CDFUE proclamada en Niza, en Lisboa no se ha incorporado al nuevo TUE, pero se mantiene su carácter vinculante mediante el nuevo Artículo 6 TUE, por el que la Unión reconoce la Carta tal y como se adoptó en Estrasburgo (12 diciembre 2007), al tiempo que la dota del mismo valor jurídico que los Tratados. El mismo Artículo 6.2 contiene la previsión de la adhesión de la Unión al CEDH, cuyos derechos garantizados junto con los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes, “formarán parte del derecho de la Unión como principios generales” (Artículo 6.3 TUE). Se cierra así un antiguo anhelo comunitario, ya que “Carta y adhesión son dos caras de una misma moneda: la eficaz y armónica protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea”⁹⁵⁸.

El precio pagado por el acuerdo en Lisboa ha sido la supresión de toda referencia que pueda dar al Tratado una apariencia constitucional. Se ha conformado como un simple Tratado de reforma, uno más, huyendo de cualquier referencia constitucional que pueda asociarlo entre la ciudadanía como la piedra fundamental para un futuro “superEstado” europeo. El intento alcanza hasta a las denominaciones: Alto Representante de la Unión, en lugar de Ministro; reglamentos y directivas en lugar de leyes y leyes-marco, etc. Se suprime toda mención a los símbolos (himno, bandera). También desaparece la referencia expresa al principio de primacía de la Unión, aunque la reconoce de manera indirecta apoyándose en la jurisprudencia. No obstante, queda patente que se trata de una operación de maquillaje, una concesión política necesaria para salvar el contenido sustancial del Tratado Constitucional, aunque algunos Estados no hayan respetado los compromisos adquiridos y aprovechándose de las circunstancias hayan negociado su adhesión a cambio de ciertas exigencias en las que se advierte una insistencia en el deseo de preservar el papel de los Estados. Pervive así la visión de algunos de una “Europa a la carta”, que se manifiesta en el Protocolo sobre la aplicación de la CDFUE en Polonia y Reino Unido, Estados en los que no tendrá carácter jurídicamente vinculante. Esto evidencia dos posiciones distantes, una proclive a la federación, integradora, y otra claramente intergubernamental, que rehúsa los avances integradores

⁹⁵⁸ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *Estudio preliminar*, cit. p.21.

(Polonia, Reino Unido, República Checa, Dinamarca) y esto se traduce en una desigualdad entre los ciudadanos europeos respecto al régimen jurídico aplicable a sus derechos fundamentales en razón de su nacionalidad⁹⁵⁹.

La doctrina ha criticado el alto precio pagado por superar aquella crisis, como el propio formato de Tratado, o su contenido con excepciones en materia de derechos fundamentales. No obstante se le reconoce el mérito de haber sacado a la Unión de una larga crisis, de recoger substancialmente los contenidos novedosos del Tratado Constitucional, de ampliar competencias en materias sensibles a los ciudadanos y, desde luego la mejor técnica de la configuración en un tratado básico (TUE) y otro de desarrollo (TFUE).

En cuanto a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa para el 1 de enero 2009, conviene ser cautos, porque nada garantiza que no se pueda repetir el caso del Tratado Constitucional, que claudicó por los referendos negativos de Francia y Holanda. De hecho, una de las razones para el optimismo en cuanto al buen fin del Tratado firmado el 13 diciembre 2007 en Lisboa, era que solo Irlanda había previsto someter su ratificación a *referéndum* que, al resultar negativo, ha producido su primer efecto impidiendo que el Tratado entre en vigor el 1 de enero 2009⁹⁶⁰.

Lo que se ha hecho en Lisboa es mantener en lo sustancial el avance que suponía el Tratado Constitucional, por vía de la desestructuración o “reordenación” formal de sus contenidos, lo que de entrada ha evitado tener que repetir el referéndum en Francia; pero esta operación también lo ha hecho más complejo que su precedente inmediato. Se ha hecho una maniobra de ocultación de la realidad constitucional europea.

En su **aspecto formal**, el Tratado de Lisboa también se ha hecho por los Estados, sin contar con la ciudadanía que no tendrá la opción de manifestarse ni

⁹⁵⁹ “Lo que se recoge en el Tratado de Lisboa se parece, a nuestro juicio, bastante más a una *Europa a la carta* que a una *Europa a diferentes velocidades*” y en esta diferencia está en juego la opción entre lo inevitable y lo distorsionador. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *Estudio preliminar*, cit. p.29.

⁹⁶⁰ Opina Balaguer que este es un Tratado sin pasado ni futuro, que se ha formado “rebautizando” el Tratado Constitucional y desestructurando su contenido; porque para comprenderlo hay que estudiar el contenido y el proceso de elaboración del Tratado Constitucional y, no tiene futuro, porque desaparecerá en cuanto entre en vigor, dando a luz a los previstos TUE y TFUE. A su juicio, su fuerza motriz ha sido el miedo, de unos a perder lo avanzado y de otros (“euroescépticos”) a la creación de un “superEstado” europeo; y de esa conjunción surge el

tan siquiera en vía *referéndum* (salvo el caso de Irlanda), lo que pone en cuestión el procedimiento seguido para adoptar decisiones de esa trascendencia, que produce el resultado de que una mínima minoría (Francia, Holanda, Irlanda) bloquee el proceso mediante una decisión democráticamente adoptada en su espacio nacional respectivo, pero que se traduce en un contrasentido democrático en el espacio europeo. Volvemos así a la necesidad de un marco constitucional europeo para la toma de decisiones, en sustitución del actual sistema de tratados propio del Derecho internacional; sustituir el carácter decisivo de los Estados en la adopción de decisiones comunes, por el protagonismo de los ciudadanos europeos.

Así se explica el fracaso de la ratificación del Tratado Constitucional, que está ligado a su naturaleza de Tratado, por lo que, de acuerdo con el Artículo 48 TUE, la decisión fundamental de alcance europeo que contenía debía aprobarse por los Estados miembros conforme a su ordenamiento interno.

En los términos del mandato emitido por la CIG en Bruselas (21-22 junio 2007), el TUE y el TFUE “no tendrán carácter constitucional” y la terminología que se utilice reflejará este hecho.

Una vez más, se ha apartado a la ciudadanía del proceso de decisión, elaboración y ratificación en este ámbito europeo; además, se ha eliminado la referencia a la ciudadanía que se incorporó al Tratado Constitucional como una de sus fuentes de legitimación”, al no incorporar el Artículo 1.1 TCE al texto de Lisboa.

No obstante, de la aprobación de **Tratado de Lisboa** surgirá una Europa más democrática y con mayor protagonismo de los Parlamentos (europeo y nacionales), lo que aumentará la legitimidad democrática de sus decisiones; más eficaz, con unas Instituciones más estables y racionalmente organizadas; más avanzada en materia de derechos y más capaz de mantener el papel que le corresponde en la sociedad internacional⁹⁶¹.

Tratado de Lisboa en el que parece que han prevalecido los “euroescépticos”. Véase BALAGUER CALLEJON, F.: *Manual de derecho constitucional. Volumen I. (Capítulo IX)*. 2008, cit. p.231.

⁹⁶¹ A juicio de Balaguer la articulación entre poder constituyente, legislativo y jurisdicción constitucional es el ámbito donde se observan actualmente mayores deficiencias en el proceso de integración, deficiencias que podrían superarse si entrara en vigor el Tratado de Lisboa. BALAGUER CALLEJON, F.: *Manual de derecho constitucional. Volumen I. (Capítulo IX)*. 2008, cit. p. 245.

5.3.3. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO SUPRANACIONAL EUROPEO Y EL INTERNO DEL ESTADO.

Aunque desde el momento en que son ratificados forman parte del ordenamiento jurídico español y por tanto son aplicables directamente por jueces y tribunales, la incidencia del contenido de tales tratados y acuerdos puede ser relativa, porque suelen tener contenidos de mínimos que ya están contemplados en la legislación interna y porque, en cualquier caso, las naciones se cuidan de ratificar con la inclusión de reservas para la protección de ciertos aspectos de su derecho interno.

El Derecho comunitario es un ordenamiento peculiar respecto a los actuales sistemas jurídicos internacionales, supraEstatales y estatales, habiéndosele catalogado como “sistema normativo híbrido”⁹⁶². Entre otras razones porque sus normas fundamentales no son auténtico Derecho constitucional europeo, ya que no existe tal Constitución europea, en cuyo caso se superarían los obstáculos relacionales entre ambos ordenamientos, europeo y constitucional interno.

Las relaciones entre derecho comunitario y nacional, se han regulado desde el punto de vista comunitario, sobre dos características de creación jurisprudencial del TJCE, que son el efecto directo y la primacía del derecho comunitario. El **efecto directo** supone que las normas comunitarias pueden aplicarse plenamente en los Estados sin necesidad de que estos aprueben norma de recepción alguna e incluso pueden ser invocadas directamente por los particulares. La **primacía** del ordenamiento comunitario sobre el de los Estados, además de una característica general, sirve para solucionar conflictos entre normas comunitarias y estatales y supone la prevalencia del ordenamiento comunitario sobre el estatal en los ámbitos de competencia de la comunidad⁹⁶³.

⁹⁶² BALAGUER CALLEJON, F.: *Manual de derecho constitucional. Volumen I. (Capítulo IX)*. 2008, cit. p.246.

⁹⁶³ La relación entre derecho comunitario y derecho nacional se rige por tres principios básicos, inmediatez, efecto directo y primacía, ya que son dos órdenes paralelos, no superpuestos. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo (Tomo II)*, cit. 177.

De los muchos principios (explícitos o implícitos) que cimientan el ente supranacional europeo, Torres del Moral enumera y comenta los referentes a la inserción de los Estados miembros en la

Hay que distinguir dos niveles de relaciones entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento interno.

En el **nivel constitucional**, las relaciones entre Derecho europeo y derecho interno pueden generar ciertos problemas, por cuanto es posible que ambos colisionen, además de producirse integraciones de aquél en este por la confluencia de ambos, ya que la primacía del Derecho comunitario se mantiene incluso ante el Derecho constitucional interno, al no distinguir entre niveles normativos dentro del ámbito estatal.

Pero este hecho no impide cierta prevención, tanto por parte de los ciudadanos como del TC, al configurar un escenario en el que los tribunales constitucionales no tienen por menos que sentirse incómodos, ya que supone relativizar la normatividad de la Constitución estatal en contraposición a la supremacía de una inexistente constitución europea. Así, el TC ha establecido claramente que el Derecho comunitario no puede aplicarse contra los preceptos constitucionales nacionales⁹⁶⁴. Esta situación pone de manifiesto un conflicto

Unión Europea: apertura de la Unión, igualdad entre Estados miembros, respeto a las identidades nacionales, cooperación leal y solidaridad por causa de terrorismo o catástrofe. Desarrolla más lo referente al principio de competencia, sus derivaciones y complementos: principios de atribución y competencia, cláusula de flexibilidad, subsidiariedad y proporcionalidad, armonización. Al tratar el principio de atribución y competencia, estima poco acertada la doctrina del TJCE. Subraya que primacía no es sinónimo de supremacía; que los Estados (Artículo 93.1 CE) no ceden la titularidad de las competencias sino su ejercicio; y que dado que el proceso es reversible, puesto que es posible la retirada voluntaria de un Estado, se trataría más bien de una “supremacía consentida”, que ya no es una supremacía. Así que, las relaciones entre ordenamientos, europeo y español, se rigen por el principio de atribución y, realizada esta, por el de competencia; a semejanza con lo que ocurre en España entre Derecho estatal y autonómico. Critica la doctrina del TC respecto a las relaciones entre los ordenamientos europeo y español. Considera que en vez de hablar de relaciones de normas infraconstitucionales, hay que hablar de relaciones entre ambos ordenamientos en un nivel infraconstitucional y también en el nivel constitucional.

El problema, más que de supremacía europea, es de aplicación preferente de este derecho en materias de su competencia. Véase TORRES DEL MORAL, Antonio: “Relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros según el Tratado Constitucional Europeo. Principios que las rigen”, *Revista de Derecho Político* n°65, UNED, Madrid, 2006, pp. 95-114.

⁹⁶⁴ STC 64/1991 de 22 de marzo, FJ 4b: “.. la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español (art. 9.1 C.E.)”.

Véase también STC 236/1991 de 12 diciembre FJ 9.

Balaguer considera que estas contradicciones se solucionarán cuando exista una Constitución europea, “porque los propios tribunales constitucionales serán también tribunales europeos, y tendrán la obligación de aplicar en primer lugar la Constitución europea sobre la Constitución interna”, por lo que la vinculación de estos tribunales constitucionales será “más fuerte” hacia el orden constitucional europeo que respecto del suyo interno. BALAGUER CALLEJON, F.: *Manual de derecho constitucional. Volumen I*. 2007, cit. pp. 230-232.

competencial en este nivel constitucional de relaciones entre ordenamientos, que podría relativizar el principio de primacía.

El conflicto se planteó de nuevo durante el proceso de ratificación del Tratado Constitucional europeo, según se ha visto. En suma, el TC mantiene que las posibles contradicciones entre Derecho europeo y constitucional en este nivel, exigirán un pronunciamiento del TC.

En las relaciones del nivel **infraconstitucional**, no hay problemas relevantes por la asunción hecha por el TC del juego de los principios de efecto directo y de primacía del Derecho comunitario, cuya aplicación es una cuestión de carácter infraconstitucional⁹⁶⁵. La STC 28/1991 de 14 febrero ya estableció la vinculación de los poderes públicos al Derecho comunitario, en la que además se fija como criterio de relación (FJ 5) que la contradicción entre los tratados y las normas legales posteriores, no afecta a la constitucionalidad de estas y no es una cuestión que por tanto deba resolver el TC, sino que su resolución corresponde a los órganos judiciales que conozcan del caso, es decir, que se trata de un conflicto entre normas infraconstitucionales que debe resolver el juez ordinario.

En cuanto al futuro, el Tratado de Lisboa no cambiará la situación actual de primacía del Derecho de la Unión y será un paso necesario para que este principio de primacía desarrolle todo su potencial en un futuro orden constitucional europeo. Aunque es claro que el proceso de integración europeo producirá una cierta migración del poder constituyente de los Estados hacia las instituciones europeas, actualmente todavía estamos “en un período de transición en el que los ordenamientos estatales han perdido ya en gran parte su condición de ordenamientos originarios, y el ordenamiento comunitario no ha adquirido todavía plenamente esa condición”⁹⁶⁶.

⁹⁶⁵ STC 41/2002 de 25 febrero FJ 2: “...La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, [...], una cuestión de carácter infraconstitucional, y por ello excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales.[...] el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia, siendo las normas internacionales relativas a las materias sobre las que incide la disposición o el acto recurrido en amparo un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción”.

⁹⁶⁶ BALAGUER CALLEJON, F.: *Manual de derecho constitucional. Volumen I. (Capítulo IX)*. 2008, cit. p.248.

5. 3. 4. LA PROYECCIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE EL ESTATUTO DEL MILITAR.

Desde el Tratado de Bruselas de 17 marzo 1948, el proceso integrador de los Estados de Europa occidental ha sido una realidad imparable, expresado en variadas manifestaciones de orden económico, social y político, de manera que lo que en los comienzos se trataba de una comunidad de intereses, se ha ido extendiendo hasta aspirar a una Constitución Europea. Pero todo proceso de integración trae implícito cierta cesión de soberanía y, así como hoy son realidad cuestiones hace años inimaginables como el libre tránsito de fronteras o la moneda única, otras aún más difíciles como la política exterior conjunta se están abriendo camino. No obstante la faceta de Defensa y Fuerzas Armadas ha sido y es uno de los aspectos más resistentes a la integración, tanto en términos declarativos, como en los de eficacia práctica.

Aunque la política de defensa ha quedado fuera de las instituciones comunitarias, pues la Unión Europea carece de competencias relacionadas con la seguridad nacional de sus Estados miembros, esto no significa que pueda quedar ajena a las cuestiones de defensa que se deriven de la Política Exterior y de Seguridad Común⁹⁶⁷.

La Unión Occidental se constituyó por el Tratado de Bruselas entre Francia, Reino Unido y el Benelux. Con la incorporación posterior de Italia y Alemania, se transformaría en la Unión Europea Occidental, cuyos miembros lo son a la vez de la OTAN. Por el Tratado de Maastricht (1992) se encomendó a la Unión Europea Occidental la ejecución de la política de defensa común, en compatibilidad con los compromisos adquiridos con la Organización del Tratado del Atlántico Norte. También en 1992 se definieron en Petersberg las misiones que se podrían desarrollar en dos áreas, humanitarias y de rescate, de mantenimiento y establecimiento de la paz, a las que posteriormente se añadió la lucha contra el terrorismo (Sevilla 2002). Por otra parte, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Roma 2004), contenía una previsión de reforzamiento

⁹⁶⁷ Sobre los motivos del fracaso de la comunidad europea de defensa y la comunidad política europea, puede verse ALONSO GARCIA, Ricardo: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Editorial Aranzadi SA., Pamplona, 2007, pp.17-18.

de las capacidades militares europeas mediante la creación de una Agencia Europea de Defensa y una cooperación mas intensa entre Estados⁹⁶⁸.

En resumen, puede afirmarse que los aspectos militares de la Unión Europea han sufrido un impulso importante en los últimos años, por lo que es previsible una futura defensa común europea y, en lógica relación decaerán las actuales restricciones que limitan la aplicación de la normativa comunitaria y de la jurisprudencia derivada en el ámbito de las Fuerzas Armadas⁹⁶⁹. Por otra parte, como cada vez existen menos ámbitos independientes, los aspectos relacionados con el estatuto personal de los militares en los Estados miembros de la Unión Europea, inevitablemente resultarán afectados en alguna medida.

A semejanza con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el CEDH contiene cláusulas de excepción a algunos derechos fundadas en motivos de seguridad nacional, orden y moral públicos y de respeto a los derechos ajenos. En ambos textos se cita al personal militar solo respecto a la posible restricción del derecho de asociación, mencionando la sindicación y, en el caso del CEDH, se toca también el derecho de reunión (Artículo 11 CEDH). Además, ya sabemos que algunos países como España suscribieron el CEDH con reservas hacia sus Artículos 5 y 6, en prevención de su compatibilidad con la ley disciplinaria militar.

El CEDH contiene preceptos que, mediante las sentencias del TDEH, permiten buscar elementos para la interpretación de la relación entre derechos fundamentales y relaciones de sujeción especial en el derecho interno⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ Una muestra de esta tendencia puede ser la Decisión del Consejo, de 22 de enero de 2001, relativa a la creación del Estado Mayor de la Unión Europea (EMUE). Consecuencia de la decisión de los Estados miembros de la Unión Europea en Helsinki, sobre la creación en el Consejo de nuevos órganos políticos y militares permanentes que permitieran a la Unión Europea asumir sus responsabilidades en toda la gama de misiones de prevención de conflictos y gestión de crisis, definidas en el Tratado de la Unión Europea y denominadas "misiones de Petersberg". Como establece el informe de Helsinki, el EMUE "dentro de la estructura del Consejo, aportará los conocimientos técnicos militares y dará apoyo a la PESCD, incluida la conducción de las operaciones militares de gestión de crisis dirigidas por la Unión Europea".

⁹⁶⁹ Véase PASCUA MATEO, Fabio: "Derechos fundamentales y fuerzas armadas en la Unión Europea", *Revista española de Derecho Europeo*, n.º. 14, abril-junio 2005, Editorial Aranzadi S.A., pp. 214-221.

⁹⁷⁰ Artículo 5 CEDH. 1. "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley: [...] b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley".

Artículo 6 CEDH. 1. "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley,[...]. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la

En las sentencias del TEDH se observa que las limitaciones a los derechos fundamentales que cabe imponer son limitadas, y que están en función de preservar los fines que persigue la Institución en que está inserto el sujeto afectado, lo que en el caso de las Fuerzas Armadas puede resumirse en preservar la disciplina. Para el TEDH, el problema es que la tradición militar de los ejércitos europeos es distinta así como su concepto de la disciplina y sus manifestaciones, por lo que la cuestión a resolver es encontrar un mínimo denominador común, un estándar europeo de referencia que permita medir cuando una sanción disciplinaria es excesiva o es admisible para el conjunto de los Estados miembros, como medida necesaria en una sociedad democrática.

El TEDH considera que las restricciones al personal militar tienen su fundamento en las peculiaridades profesionales, siempre que estas restricciones encuentren amparo en el CEDH y, ya desde su STEDH de 8 junio 1976 (Caso Engel), dejó establecido que es admisible una diferencia de trato para el personal militar en materia de ejercicio de derechos fundamentales, así como la aplicabilidad general de la CEDH tanto a civiles como militares sin distinción⁹⁷¹.

Tanto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como el fallido Tratado de Roma (2004), reconocen la posición de la jurisprudencia del TEDH como preeminente para configurar el marco de los derechos fundamentales, lo que no significa que las Instituciones europeas y el Tribunal de

Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, [...] o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia...”.

Artículo 8 CEDH. “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, [...], la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Artículo 10 CEDH. “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. [...] 2. El ejercicio de estas libertades, [...] podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, [...] la protección [...] de los derechos ajenos,...”.

⁹⁷¹ Véase en su totalidad PENARRUBIA IZA, Joaquín María: “La doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos sobre el personal militar”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 79, enero-junio 2002.

Justicia carezcan de algún margen de actuación en ciertos derechos como puede ser el derecho de petición o respecto al principio de igualdad.

De manera que si el derecho en cuestión está reconocido por el CEDH, se mantendrá su sentido o alcance, sin perjuicio de una protección superior⁹⁷². Si el derecho en estudio está en la tradición constitucional de los Estados miembros, se interpretará conforme a esta tradición. Además, las explicaciones elaboradas para guiar la interpretación de la Carta se han validado como criterio interpretativo, puesto que serán tenidas en cuenta por los órganos jurisdiccionales, tanto de la Unión como de los Estados⁹⁷³.

Este criterio interpretativo extenderá el ámbito de los derechos recogidos en su articulado más allá de lo explícito, como es el caso del Artículo 11 CDFUE (libertad de expresión y de información)⁹⁷⁴, ya que en las explicaciones correspondientes a este se precisa que

“En virtud del apartado 3 del artículo 52 de la Carta, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado por el CEDH y las limitaciones de que puede ser objeto este derecho no pueden por lo tanto sobrepasar las establecidas en el apartado 2 de su artículo 10...”⁹⁷⁵.

En consecuencia, el ejercicio de estas libertades podrá restringirse y estas precisiones han servido al TEDH como criterio para determinar la legitimidad de algunas restricciones establecidas por los Estados siempre que resulten necesarias y respondan a un fin legítimo como es el mantenimiento de la disciplina, la capacidad operativa o la neutralidad de las Fuerzas Armadas⁹⁷⁶.

⁹⁷² Véase Artículo 11-112 del Proyecto de Tratado Constitucional.

⁹⁷³ Véase en Preámbulo de la Carta y el Artículo 11-112.7 del Proyecto.

PARTE II. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN. PREÁMBULO: “En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea”.

⁹⁷⁴ Artículo 11 CDFUE. Libertad de expresión y de información.”1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras...”.

⁹⁷⁵ Artículo 10 CEDH. 1. “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. [...] 2. El ejercicio de estas libertades, [...], podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública,...”.

PASCUA MATEO, F.: “Derechos fundamentales y fuerzas armadas...”, cit. p.226.

⁹⁷⁶ Véanse SSTEDH de 16 diciembre 1992 (caso Hadjianastasiou contra Grecia), 24 febrero 1998 (Larissis y otros contra Grecia), 8 junio 1976 (Engel y otros contra Países Bajos), 20 mayo 1999 (Rekvényi contra Hungría).

Otro tanto ocurre con el Artículo 12 CDFUE (libertad de reunión y de asociación)⁹⁷⁷ cuyas explicaciones lo vinculan al Artículo 11 CEDH, que no prohíbe absolutamente las restricciones a este derecho⁹⁷⁸. Lo que en resumen constituye una atenuación de la aplicación del derecho comunitario en el ámbito de las Fuerzas Armadas, puesto que su régimen jurídico puede ampararse en las previsiones europeas para legitimar la existencia de ciertas especialidades o restricciones en el ejercicio de algunos derechos fundamentales.

Las líneas generales de actuación, en cuanto a la limitación de derechos a los militares, si bien no están recogidas explícitamente en la Carta, sí caben en la cláusula general contenida en su Artículo 52 sobre el alcance e interpretación de los derechos y principios.

El Artículo 53 CDFUE establece el nivel mínimo de protección en el sentido de prohibir la interpretación lesiva o limitativa de los derechos reconocidos, de manera que esta no empeore la interpretación propia de su ámbito de aplicación, respetando por tanto la más generosa del derecho de los Estados, que puede así prevalecer sobre la comunitaria.

La jurisprudencia del TJCE es importante también en el ámbito militar, porque en su interpretación del CEDH ha obligado a los países a cambiar hábitos y normas, siendo su cita un argumento de autoridad para las jurisdicciones nacionales. Por otra parte, esta jurisprudencia ha admitido la inaplicación excepcional del derecho comunitario cuando así lo exija la seguridad de los Estados miembros, con clara referencia a la legitimidad del fin perseguido, proporcionalidad y adecuación de la medida adoptada y esta excepción alcanza a las Fuerzas Armadas a las que reconoce una especial naturaleza⁹⁷⁹.

⁹⁷⁷ Artículo 12 CDFUE. Libertad de reunión y de asociación."1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses...".

⁹⁷⁸ Artículo 11 CEDH. "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado".

⁹⁷⁹ Véase STJCE de 11 enero 2000 (caso Kreil), que llevó a modificar la Ley fundamental alemana para ajustarse a la jurisprudencia del TJCE que, en uso de su monopolio sobre la interpretación

5.4. RECAPITULACIÓN.

1) La protección **internacional** de los derechos tiene sus antecedentes lejanos en la protección por vía diplomática, propia del derecho internacional clásico cuyos sujetos eran los Estados, y los conflictos armados y las condiciones en que se desarrollaban fueron una razón para procurar la regulación internacional de ciertos derechos individuales.

La segunda posguerra mundial marcó un antes y un punto de inflexión en la manera de entender las relaciones entre Estados y sociedades, al hacerse evidente la necesidad de crear un nuevo orden mundial estable que, entre otros objetivos, impidiera la repetición de los atentados cometidos contra los derechos humanos. Esta corriente favorable se aprecia al menos en dos líneas: el carácter expansivo con que se dota a los derechos y libertades con la pretensión de hacerlos efectivos en todos los sistemas políticos, cuyo punto de arranque es la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), y la tendencia a eliminar fronteras entre Estados, en el sentido amplio del concepto, buscando la mejor realización de intereses comunes. En esta segunda tendencia se inscribe el proceso de **convergencia europea**, que a su vez se subdivide en dos áreas bien delimitadas, según que los intereses sean económicos o políticos. En este proceso ocupa un lugar relevante la preocupación por el tratamiento de los derechos y libertades, en la que se enmarca la elaboración del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

La norma internacional de referencia sobre derechos humanos es la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) que, no obstante su escaso valor jurídico, ha resultado eficaz por su valor moral y político en el mundo, como referente interpretativo de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades.

2) Existen varias vías para la **recepción** de las normas internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno. Una vía genérica,

del derecho comunitario, declaró contraria a este una norma nacional con apoyo en su Constitución nacional. También STJCE de 26 octubre 1990 (caso Sirdar).

que es la establecida por el Artículo 96 CE para todos los tratados internacionales celebrados válidamente y publicados oficialmente en España que, como derecho interno, pueden emplearse ante los tribunales españoles. Una vía específica o reforzada, para el caso de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales, que es la del Artículo 10.2 CE, por la que se convierten estos textos en parámetro interpretativo de todos los derechos y libertades contenidos en el Título I. Ambos artículos tienen diferente papel constitucional, pero claramente relacionado.

3) El **sistema de protección** de derechos fundamentales y libertades públicas en Europa es complejo, porque en su ámbito geográfico concurren varios ordenamientos jurídicos competentes para la regulación y garantía de derechos y libertades, en distinto nivel y con diferente intensidad. Son estos los correspondientes a las Constituciones y ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, el sistema normativo del CEDH y el Derecho comunitario europeo.

El CEDH fue el primer tratado internacional vinculante para los Estados parte, en el que se incorporaron los derechos y libertades contenidos en la DUDH y que además contemplaba unos órganos encargados de velar por que esos Estados respetaran lo convenido. Así, el Convenio es la más completa y sistemática declaración de derechos que existe en el ámbito europeo y su contenido es similar al de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I CE.

Es importante resaltar que estos derechos no son absolutos y que el propio CEDH contiene la previsión de su posible **limitación** en situaciones extraordinarias, en cuyo caso podrán restringirse excepcionalmente los derechos protegidos. Además, es posible una restricción ordinaria de los derechos protegidos por el CEDH, siempre que se superen los tres requisitos del llamado *test* de Estrasburgo.

Por otra parte, España **ratificó** el CEDH en 1979 reservándose la aplicación de los derechos a la libertad y seguridad y a la tutela judicial en cuanto fueran incompatibles con el entonces vigente Código de Justicia Militar (1945) y posteriormente, se renovó esta reserva en la medida en que su aplicación fuera incompatible con la ley disciplinaria.

El CEDH ratificado produce en el ordenamiento jurídico español varios **efectos**. Desde el punto de vista internacional, España puede ser demandada y puede dictarse una sentencia condenatoria, que tendrá efecto declarativo de responsabilidad internacional del Estado español. También tiene un efecto interno, puesto que el CEDH se integra en el ordenamiento jurídico español y se constituye además en criterio de interpretación de los derechos fundamentales y libertades.

Se pueden presentar demandas tanto por los Estados como individualmente; en este caso, han de cumplir el requisito de alegar violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y la demanda debe presentarse una vez agotados todos los recursos del ordenamiento jurídico del Estado del recurrente. También es preciso tener presente que lo denunciado en esta instancia transnacional es la infracción, no de nuestros derechos fundamentales, sino de los incluidos en el Convenio, que asegura un *estándar* menor que el de la CE.

Las sentencias del TEDH, si bien son obligatorias, son de carácter declarativo y carecen de fuerza ejecutiva, por cuanto el Tribunal carece de competencia para ordenar un comportamiento determinado, de lo que se deduce que el Convenio tiene una eficacia jurídica directa limitada y que su influencia es más bien indirecta a través de la fuerza vinculante que los órganos jurisdiccionales nacionales reconocen a la jurisprudencia del TEDH. El problema es que la demanda se interpone tras agotar los recursos del ordenamiento jurídico nacional, por lo que alguna sentencia del TEDH puede entrar en contradicción con las dictadas previamente en aquel ámbito. No obstante, dado su carácter declarativo, las sentencias del TEDH no implican la revisión ni la anulación de las anteriores nacionales.

4) La idea latente de una constitución europea pasa ineludiblemente por la adopción de un catálogo o declaración de derechos fundamentales, igualmente comunitario. Para ello se han barajado diversas opciones; inicialmente se planteó como más lógica la simple adhesión al CEDH, que no fue posible; otra era adoptar un catálogo propio europeo de derechos fundamentales que pudiera incorporarse a una futura Constitución para Europa.

En esta línea, la Carta proclamada en Niza representa la síntesis de los valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea.

La importancia del contenido de la CDFUE radica, además de por el número de derechos que recoge y la amplitud con que los trata, en las medidas que establece para que esos derechos gocen de un alto nivel de protección en toda la Unión Europea. En particular, exige que toda limitación de derechos fundamentales se haga por ley y respetando su contenido esencial y que estas limitaciones superen el *test* compuesto por los requisitos de proporcionalidad y necesidad. Además, el Artículo 53 CDFUE obliga a escoger y aplicar el *estándar* de protección de derechos que resulte más elevado, mediante la ponderación entre el Derecho de la Unión, el de los Estados miembros, el Derecho internacional y los convenios internacionales, en particular el CEDH.

La principal carencia de la CDFUE es que no tiene capacidad jurídica para obligar a su cumplimiento, ya que es solo una declaración solemne de derechos, lo que tampoco significa que carezca de cierta fuerza. Así, la recepción de la Carta por el Tribunal Constitucional, como parámetro interpretativo indirecto de nuestras normas constitucionales, se produjo de manera anticipada a su aprobación en Niza, con independencia de la futura ratificación y entrada en vigor del Tratado.

5) El proceso constituyente europeo se abrió con la finalidad de elaborar un **Tratado constitucional** para Europa, pero con la ventaja inicial de partir de una Carta de derechos fundamentales y de los derechos reconocidos en los Tratados; por lo que se trataba más bien de una tarea de completar, organizar y depurar un material ya existente en gran parte.

El proceso de constitucionalización europeo abrió grandes expectativas para los ciudadanos, aunque uno de los puntos más debatidos del Tratado haya sido el de su **naturaleza jurídica**, ya que si para unos es un Tratado, para otros es una verdadera Constitución, o tiene la forma de un Tratado y el contenido de una Constitución. No obstante, cabe concluir que el Tratado es una verdadera Constitución.

6) El Tratado de Lisboa modificó el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, abriendo un proceso que debe

conducir en el año 2009 a un Tratado de la Unión Europea reformado y a un nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En realidad, se ha vuelto al método tradicional de reforma de los tratados constitutivos, para dar fin a la crisis provocada por la ratificación fallida del Tratado Constitucional. Este incluía la CDFUE proclamada en Niza, pero en Lisboa no se ha incorporado al nuevo TUE, aunque se mantiene su carácter vinculante, al tiempo que la dota del mismo valor jurídico que los Tratados.

En Lisboa se ha mantenido en lo sustancial el avance que suponía el Tratado Constitucional, por vía de la reordenación formal de sus contenidos al tiempo que se ha suprimido toda referencia que pueda dar a este nuevo Tratado una apariencia constitucional. El precio pagado por el acuerdo en Lisboa ha sido ocultar la realidad constitucional europea.

7) Las **relaciones** entre derecho comunitario y nacional, se han regulado desde el punto de vista comunitario, sobre dos características de creación jurisprudencial del TJCE, que son el efecto directo y la primacía del derecho comunitario. Esta primacía del Derecho comunitario se mantiene incluso ante el Derecho constitucional interno, al no distinguir entre niveles normativos dentro del ámbito estatal, cuestión que ha resultado conflictiva, ya que supone relativizar la normatividad de la Constitución estatal en contraposición a la supremacía de una inexistente constitución europea. Así, el TC ha establecido claramente que el Derecho comunitario no puede aplicarse contra los preceptos constitucionales nacionales. Esta situación pone de manifiesto un conflicto competencial en este nivel constitucional de relaciones entre ordenamientos, que podría relativizar el principio de primacía. En cambio, en las relaciones del nivel infraconstitucional, no hay problemas relevantes en la aplicación de los principios de efecto directo y de primacía del Derecho comunitario, cuyos posibles conflictos de aplicación debe resolver el juez ordinario.

8) Aunque la política de **defensa** ha quedado al margen de las instituciones comunitarias europeas, existen aspectos inevitablemente relacionados con su política exterior y de seguridad común. En todo caso, los aspectos militares de la Unión Europea han sufrido un impulso importante en los últimos años, por lo que se producen avances en la defensa común europea y, como cada vez existen menos ámbitos independientes, los aspectos relacionados con el estatuto

personal de los militares en los Estados miembros, inevitablemente resultarán afectados en alguna medida.

El CEDH contiene cláusulas de excepción a algunos derechos, fundadas en motivos de seguridad nacional, orden y moral públicos y de respeto a los derechos ajenos. Pero solo se menciona al personal militar respecto a los derechos de asociación (sindicación) y de reunión.

En las sentencias del TEDH se observa que las limitaciones a los derechos fundamentales que cabe imponer están en función de preservar los fines que persigue la Institución en que está inserto el sujeto afectado, lo que en el caso de las Fuerzas Armadas induce a preservar la disciplina. Para el TEDH, el problema es que la tradición militar de los ejércitos europeos es distinta así como su concepto de la disciplina y sus manifestaciones, por lo que la cuestión a resolver es encontrar un mínimo denominador común, un *estándar* europeo de referencia que permita medir cuando una sanción disciplinaria es excesiva o es admisible para el conjunto de los Estados miembros, como medida necesaria en una sociedad democrática.

El TEDH considera que las restricciones al personal militar tienen su fundamento en las peculiaridades profesionales, siempre que estas restricciones encuentren amparo en el CEDH y ha establecido que es admisible una diferencia de trato para el personal militar en materia de ejercicio de derechos fundamentales, aunque el CEDH es aplicable tanto a civiles como militares sin distinción.

La jurisprudencia del TEDH ocupa una posición preeminente para configurar el marco de los derechos fundamentales, lo que no significa que las Instituciones europeas y el Tribunal de Justicia carezcan de cierto margen de actuación en ciertos derechos como puede ser el derecho de petición o respecto al principio de igualdad. De manera que si el derecho en cuestión está reconocido por el CEDH, se mantendrá su sentido o alcance, sin perjuicio de una protección superior y si está en la tradición constitucional de los Estados miembros, se interpretará conforme a esta tradición.

La jurisprudencia del TJCE es importante, también en el ámbito militar, porque en su interpretación del CEDH ha obligado a los países a cambiar hábitos

y normas, siendo su cita un argumento de autoridad para las jurisdicciones nacionales.

9) En resumen, las Comunidades europeas comenzaron como un movimiento exclusivamente económico y político pero, cincuenta años más tarde, el debate está en torno a cuestiones como la ciudadanía europea y el reconocimiento, garantías y ampliación de sus derechos fundamentales, en el contexto de un proceso de avance hacia una constitución europea.

Asimismo, dado que el proceso de integración europea tiene vocación de plenitud, tendrá que avanzarse en la cuestión de la política común de defensa, cuando las demandas sean más exigentes y, en este contexto, es lógico esperar la convergencia hacia un *estándar* mínimo común en cuanto a las restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales de los militares europeos.

Capítulo Sexto

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MILITAR DE CARRERA

Por mayor claridad expositiva y para dedicarle el espacio que corresponde a su relevancia en el contexto del estatuto jurídico-constitucional del militar de carrera, se ha considerado conveniente agrupar el estudio de los derechos fundamentales y libertades públicas en un capítulo específico.

6.1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Antes de acometer el estudio pormenorizado de los derechos fundamentales y libertades públicas, conviene hacer unas consideraciones previas para comprender mejor lo que se desarrollará en las páginas siguientes.

La idea de que las limitaciones generales aplicables a los ciudadanos, tienen una modulación específica cuando se trata de un militar, ya estaba recogida en las Reales Ordenanzas así como en la jurisprudencia posterior a estas⁹⁸⁰.

No obstante, conviene advertir que esta posibilidad que contienen las ROFAS de limitar los derechos constitucionalmente reconocidos, solo cabe entenderla como instrumento para concretar las limitaciones generales atendiendo a la finalidad o misiones de las Fuerzas Armadas según el Artículo 8.1 CE, y nunca como habilitación para imponer limitaciones que no estén constitucionalmente previstas.

La legislación positiva posterior ha mantenido la afirmación de la titularidad de derechos y libertades que posee el militar, si bien

⁹⁸⁰ Artículo 169 ROFAS: "El militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollen y por estas Ordenanzas".

STS de 1 octubre 1990: "Estos derechos y libertades, aún siendo fundamentales, tienen las naturales y a veces importantes restricciones en cuanto se proyectan sobre el ámbito castrense [...] Y les afectan también en interés de la Defensa Nacional y de la disciplina, ciertas restricciones en la libertad de expresión, en la de asociación y en la de participación en los asuntos públicos,..."

“...con las imprescindibles restricciones o limitaciones en su ejercicio que la Carta Magna y las Leyes Orgánicas de desarrollo de la misma establecen, como respuesta a las exigencias derivadas de los rasgos esenciales de funcionamiento de las Fuerzas Armadas, que se resumen en la necesaria disciplina [...], la condición de militar en su sentido más amplio queda configurada por la sujeción a los principios de disciplina, jerarquía y unidad característicos de la organización militar, a unas reglas morales de actuación y a las leyes penales y disciplinarias militares. Dicha configuración exige que el militar tenga un régimen específico...”⁹⁸¹.

Observemos la referencia explícita a la “**condición de militar**” como una suerte de categoría yuxtapuesta a la de ciudadano común y delimitada por la sujeción a unos principios, unas reglas morales y unas leyes penales y disciplinarias que no afectan a ese ciudadano común. Consecuencia directa de esa condición es la especial configuración del régimen de derechos del militar, con plena titularidad y las limitaciones o restricciones que sean imprescindibles “como respuesta a las exigencias derivadas de los rasgos esenciales de funcionamiento de las Fuerzas Armadas, que se resumen en la necesaria disciplina”⁹⁸².

En cualquier caso, en la LRPFAS se advierte un cierto confusionismo por falta de separación nítida del tratamiento de los derechos fundamentales, circunstancia que si bien era comprensible en el caso de las Reales Ordenanzas, dado lo peculiar de su proceso de elaboración, resulta difícil de admitir veinte años después. Basta observar la estructura del Título XII para advertir la mezcolanza de derechos y deberes, o lo que se entiende por tales, con un criterio que desde luego no se corresponde con una visión de estos desde un punto de vista estrictamente constitucional. Por ejemplo, incluye los Consejos Asesores de Personal y le dedica un de sus cinco capítulos a “recursos y peticiones”, que desde luego es una cuestión que reviste cierta complejidad, pero silencia otros que pueden tener al menos la misma importancia⁹⁸³.

⁹⁸¹ Exposición de motivos Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

⁹⁸² Exposición de motivos Ley 17/1999.

⁹⁸³ TÍTULO XII. Derechos y deberes de los militares profesionales
CAPÍTULO I Derechos y deberes

Artículo 150. Derechos, libertades y deberes. 1. El régimen de derechos, libertades y deberes de los militares profesionales es el establecido en la Constitución, en las disposiciones de desarrollo de la misma y, según lo previsto en la Ley Orgánica por la que se regulan los criterios básicos de

La vigente Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la carrera militar (LCM), mantiene inequívocamente la singularidad del estatuto del militar ya que “esta ley tiene muy en cuenta que quien se incorpora a las Fuerzas Armadas adquiere condición militar y queda sujeto a un régimen específico”⁹⁸⁴. Hace especial mención de las reglas esenciales de comportamiento que se recogen en la misma LCM, entre las que considera particularmente “la disciplina, la jerarquía, los límites de la obediencia y el ejercicio del mando militar”, reglas que se desarrollarán en las futuras Reales Ordenanzas, mediante real decreto.

El punto de apoyo de todas las limitaciones es la importancia de la misión de las Fuerzas Armadas, que obliga a una configuración específica e idónea de estas y exige que estén organizadas según un sistema jerárquico y disciplinado, lo que condiciona el ejercicio por los militares de sus derechos fundamentales y libertades públicas y se manifiesta en una especial situación de sujeción⁹⁸⁵. En

la defensa nacional y la organización militar, en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

2. Los militares profesionales están sujetos a las leyes penales y disciplinarias militares.

CAPÍTULO II. Consejos Asesores de Personal

Artículo 151. Consejos Asesores de Personal.

CAPÍTULO III. Retribuciones, incompatibilidades y disponibilidad

Artículo 152. Retribuciones.

Artículo 153. Incompatibilidades.

Artículo 154. Disponibilidad.

CAPÍTULO IV. Protección social

Artículo 155. Principios generales.

*Artículo 156. Sanidad Militar.

*Artículo 157. Insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas.

*Artículo 158. Protección por desempleo.

CAPÍTULO V. Recursos y peticiones

*Artículo 159. Recursos.

Artículo 160. Derecho de petición.

Artículo 161. Quejas.

Artículo 162. Defensor del Pueblo.

ADVERTENCIA: Los Artículos marcados con asterisco (*) han sido derogados por la Ley de la Carrera Militar, cuya Disposición derogatoria única especifica que, en las disposiciones vigentes, las referencias a la Ley 17/1999 “se entenderán efectuadas e esta ley” (LCM), naturalmente salvo las hechas a aquellos artículos de la LRPFAS que continúan en vigor.

⁹⁸⁴ Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. Preámbulo (III).

⁹⁸⁵ ATC 375/1983 de 30 julio, FJ 2: “No puede caber duda que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el Artículo 8.1 de la C.E., representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines, de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y su ordenamiento constitucional. A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual -como claramente se deriva de lo dispuesto en los arts. 1, 10 y 11 especialmente, así como en el 25, 28, 32, 42, 47, 177 y 203 de las RR.OO. Disciplina que indudablemente condiciona el ejercicio por los militares de las libertades públicas realizadas a

consecuencia, se admite la diferenciación del régimen común en tanto sea necesario para la garantía de los principios de jerarquía, disciplina y unidad y, en principio, esto se traduce en la limitación o restricción del ejercicio colectivo de ciertos derechos como es el caso del de sindicación o petición⁹⁸⁶.

A continuación se expone una reseña de algunas **opiniones doctrinales** en las que observaremos coincidencias (relevancia de la disciplina), así como diferencias en otros hitos organizativos o la distinta reordenación de los conceptos que justifican un régimen especial de derechos para el militar.

En opinión de Trillo-Figueroa⁹⁸⁷, aunque nuestra actual Constitución recoge en su articulado limitaciones tradicionales como las correspondientes al derecho de petición, libre sindicación y sufragio pasivo, considera que la intención del legislador no era constreñirse solo a estas, como prueba la tramitación y aprobación “en paralelo” de la Ley 85/1978 ROFAS, que ampliaba el elenco de limitaciones pese a ostentar un rango legal de ley ordinaria, que vulneraba frontalmente la previsión constitucional de reserva de ley orgánica, para las disposiciones que regulen el ejercicio de derechos fundamentales. Ley que no solo permitía al legislador ordinario la posibilidad de limitar derechos fundamentales, sino también la de determinar cuáles limitar. Así, parece que aún se percibe cierta prevención frente a la influencia de las Fuerzas Armadas en ámbitos que les son constitucionalmente ajenos y esto se traduce en la exigencia de neutralidad al militar, por la vía de disciplinar las conductas personales o

través de acciones colectivas en determinados supuestos, como lo demuestra que la Constitución expresamente permita que se limite o excluya del ámbito del derecho de sindicación a los miembros de las Fuerzas Armadas en el art. 28.1,y, lo que es más decisivo para este caso, les vede el ejercicio colectivo del derecho de petición en el art. 29.2, estando con ello en consonancia lo previsto en los arts. 180, 181 y 182 de las Reales Ordenanzas, al prohibir en amplio espectro a los militares el ejercicio colectivo de determinados derechos de carácter político-social”.

⁹⁸⁶ STC 371/93 de 13 diciembre, FJ 4: “...de acuerdo con la doctrina constitucional antes citada, no cabe duda de que el legislador puede introducir determinadas peculiaridades o establecer límites específicos al ejercicio de las libertades reconocidas en la Constitución por los miembros de las Fuerzas Armadas, límites que supondrían una diferenciación respecto del régimen general y común de esas libertades. Este régimen especial puede suponer peculiaridades tanto de orden procedimental (como manifestamos en las SSTC 21/1981, fundamento jurídico 9; 97/1985, fundamento jurídico 4, y 180/1985, fundamento jurídico 2) como de orden sustantivo, al introducirse previsiones sancionadoras diferentes de las aplicables al resto de los ciudadanos; como se afirmaba en la STC 107/1986, fundamento jurídico 4, «el legislador puede introducir determinadas peculiaridades en el Derecho Penal militar que supongan una diferenciación del régimen penal común, peculiaridades que hallan su justificación en las exigencias de la organización militar», consideración esta naturalmente aplicable también al régimen disciplinario.

⁹⁸⁷ TRILLO-FIGUEROA MARTINEZ-CONDE, F.: “Las Fuerzas Armadas en la constitución española...”, cit. pp.125-126.

corporativas a través de limitaciones en el ejercicio de los derechos y libertades políticas. En cualquier caso, tradicionalmente se ha limitado a los militares el ejercicio de los derechos relacionados con actos de carácter político (reunión y manifestación), el de asociación, el de petición y las manifestaciones de la libertad de pensamiento⁹⁸⁸.

Casado Burbano⁹⁸⁹ hacía unas consideraciones previas sobre el ejercicio por los militares de sus derechos fundamentales, recordando que los derechos fundamentales y las libertades públicas dimanaban de la dignidad de la persona; asimismo, que su ejercicio no es absoluto o ilimitado y que sus restricciones pueden afectar genéricamente a todos los ciudadanos o específicamente a algunos grupos (jueces, policías o militares). Exponía como razones para el régimen especial de los militares, la presencia de cuatro principios: supremacía civil, neutralidad política, disciplina y unidad (cohesión interna).

Jiménez Villarejo⁹⁹⁰ considera que los principios que inspiran la organización de las Fuerzas Armadas en la CE así como sus leyes de desarrollo son seis: el principio de Ejército permanente y estatal (Artículo 149.1,4º CE), de separación entre administraciones civil y militar (Artículos 97, 25 y 26 CE), de subordinación de la autoridad militar a la civil (Artículos 97 y 103 CE), de dependencia respecto al Ejecutivo, el principio defensivo (Artículo 8.1 CE) y el de estricta disciplina, que califica de “necesidad inmanente” dado que resulta impensable un ejército sin jerarquía ni disciplina.

A su juicio, “lo que caracteriza al estatuto jurídico del militar profesional es que el ejercicio de determinados derechos fundamentales y libertades públicas está sometido a ciertas restricciones”, si bien este no es un rasgo exclusivo del derecho español ni de nuestra época⁹⁹¹. Estas limitaciones forman parte de un conjunto de cautelas para defender las libertades frente a quienes detentan el monopolio legítimo de la fuerza, así como para asegurar la neutralidad, unidad y disciplina necesarias para el eficaz cumplimiento de las misiones que las FAS tienen constitucionalmente asignadas.

⁹⁸⁸ Véanse Artículos 168 y 169 ROFAS.

⁹⁸⁹ CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. pp.121-124.

⁹⁹⁰ JIMÉNEZ VILLAREJO, J: "Principios constitucionales. Derechos fundamentales...", cit. pp.212-215.

⁹⁹¹ JIMÉNEZ VILLAREJO, José: "Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución Española", *Revista Española de Derecho Militar* nº. 77, enero-junio 2001, pp. 452-454.

Para Fernández Segado⁹⁹², el estatuto jurídico del militar tiene manifestaciones puntuales en el articulado de la Constitución y encuentra su última *ratio* en los llamados principios nucleares de la organización castrense, a saber: unidad, jerarquía y disciplina.

Peñarrubia Iza⁹⁹³ enumera como principios en los que basar la restricción de los derechos a los militares, los de supremacía civil, neutralidad política, rigurosa disciplina y unidad; que aún pueden reducirse a dos, disciplina y neutralidad.

El deber de neutralidad se proyecta sobre el ejercicio de los derechos del militar en forma restrictiva y puede considerarse desde tres puntos de vista. Neutralidad como criterio de gestión de la función pública, en forma de predominio de criterios profesionales, lo que resulta útil como protección contra presiones políticas. Neutralidad como parte del estatuto jurídico de los servidores públicos, lo que genera ciertas limitaciones para el ejercicio de algunos derechos y libertades, en particular los relacionados con funciones políticas. Neutralidad como criterio de actuación de los agentes públicos, presentando el doble aspecto de sometimiento legítimo a los superiores y de plena imparcialidad hacia los administrados. Pero si en la función pública se va imponiendo la visión del funcionario como ciudadano, antes que agente público; en el ámbito militar, prima el criterio de restricción, igual a neutralidad e imparcialidad.

No obstante existe una evolución en sentido de predicar la neutralidad como abstención de la Institución militar, no de cada militar individual, cuyo régimen jurídico se acerca paulatinamente al de los funcionarios civiles⁹⁹⁴. Pero el proceso es lento, entre otras causas por la necesaria distinción entre el ámbito privado y el ejercicio profesional, porque como subraya Peñarrubia, “en relación con los militares no se ha superado la noción de que siempre están de servicio”.

⁹⁹² FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. p. 67.

⁹⁹³ PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp.149 -152.

⁹⁹⁴ Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la carrera militar. Preámbulo (III): “Tanto en las Reales Ordenanzas como en las regulaciones reglamentarias del régimen de personal militar profesional se incorporarán los principios y normas de aplicación general al personal al servicio de la Administración General del Estado, establecidos de acuerdo con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado Público, con las adaptaciones debidas a la condición militar”. También véase el Artículo 5 LCM, que precisa que esa incorporación se hará “siempre que no contradigan su legislación específica, por medio de normas reglamentarias en las que se efectuarán las adaptaciones debidas a la condición militar”.

Es preciso acercarse al concepto de disciplina desde un punto de vista estrictamente constitucional, ya que su preservación no puede ser una excusa para soslayar las exigencias que se derivan del respeto a los preceptos constitucionales. En este sentido, Cotino Hueso estima que

“... ya por la mentalidad exigida al militar como, en especial, por la disciplina militar misma, en el mundo de los cuarteles resultan afectados severamente todos los derechos fundamentales, *la normalidad en la relación jurídico-militar es la restricción de derechos*”⁹⁹⁵.

De manera que la disciplina militar no es un valor en sí misma, ni mucho menos superior a los derechos fundamentales. Para estas afirmaciones se apoya en la STC 235/1998 de 14 diciembre (FJ 5) en la que el TC ha afirmado el alcance general de los derechos fundamentales frente a los valores militares de disciplina y jerarquía.

La base reguladora del estatuto del militar está en la Constitución, que establece modulaciones específicas para los militares en el ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuatro materias: pena de muerte, sindicación, derecho de petición y sufragio pasivo. Hay también referencias implícitas en materia sancionadora y de Tribunales de Honor.

En síntesis, el militar goza de la plena titularidad de sus derechos fundamentales, como no podría ser de otra manera a la luz del texto de la Constitución, pero simultáneamente sufre ciertas limitaciones o restricciones para su ejercicio. Limitaciones que se fundamentan en la ponderación de bienes constitucionalmente protegidos; de una parte, el bien de interés colectivo “defensa militar de España” y de otra, el legítimo derecho individual a ejercer sin trabas los derechos y libertades de las que se es titular. Llegados a este punto, cabe preguntarse si podría ser de otra manera, es decir, si sería posible el ejercicio sin trabas parejo a la plena titularidad, con los únicos mecanismos reguladores que suponen los correctivos de tipo penal y disciplinario específicamente militares.

6.2. DERECHOS CON EXPLÍCITA LIMITACIÓN CONSTITUCIONAL.

⁹⁹⁵ COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit. p.567.

En el plano constitucional, hay cuatro derechos que presentan una limitación explícita para los miembros de las Fuerzas Armadas, el derecho a la vida (Artículo 15 CE), el derecho de participación (Artículo 70.1 CE), la libertad de sindicación (Artículo 28.1 CE) y el derecho de petición (Artículo 29.1 CE). Todos cuentan con su correspondiente tratamiento en las Reales Ordenanzas.

6.2.1. DERECHO A LA VIDA.

Artículo 15 CE: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

El derecho a la vida es el "más inherente" a la persona, porque es presupuesto de la titularidad de los restantes, y presenta varias facetas⁹⁹⁶. Por lo que se refiere a quienes sirven en las Fuerzas Armadas, con la exigencia física que esto comporta, el Estado asume la responsabilidad de minimizar el riesgo de lesiones injustificadas, ejerciendo la debida vigilancia y, naturalmente, articulando la necesaria protección penal y disciplinaria frente a las agresiones ilegítimas y, en general, para que los efectos sobre la vida y la integridad física derivada del ejercicio profesional del militar sean los menores posibles⁹⁹⁷.

El derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral son los derechos más básicos y primarios de todos los reconocidos en el texto constitucional, revistiendo un carácter esencial y troncal en la medida en que la afirmación de los demás solo tiene sentido a partir del reconocimiento de estos⁹⁹⁸.

⁹⁹⁶ Peñarrubia señala cuatro aspectos jurídicos del derecho a la vida, la protección penal frente a las agresiones ilegítimas, la titularidad de este derecho por quienes aún no son personas (*nasciturus*, aborto), la disponibilidad por su titular (suicidio, eutanasia), la disponibilidad por el Estado (pena de muerte). PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp.164. Desde otro punto de vista no jurídico, sino filosófico-religioso, pero de gran interés para fijar conceptos, puede verse BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Niceto: *Los Derechos del Hombre (Reflexiones sobre una crisis)*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1980, pp.123-146. Este doctor en filosofía, licenciado en teología, dominico y especialista en filosofía agustiniana y moral clínica, con vasta producción literaria, reflexiona sobre los actos contra la vida del individuo humano: aborto, eutanasia, pena de muerte, duelo, suicidio, huelga de hambre, experimentación, mutilación y esterilización.

⁹⁹⁷ Por ejemplo, mediante mecanismos como la tipificación de los delitos de abuso de autoridad para garantizar el derecho a la integridad física y moral (Artículos 103, 104 y 106 CPM).

⁹⁹⁸ Referido al alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, el TC hace unas consideraciones generales sobre la trascendencia del reconocimiento del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional, en su STC 53/1985 de 11 abril FJ 3: "Dicho derecho a la vida,

Esta naturaleza fundamental justifica y explica tanto el reconocimiento constitucional conjunto de ambos derechos como el lugar en que se produce, en el primer artículo de la Sección Primera del Capítulo II del Título I, sección en la que se ubican los derechos que gozan del máximo nivel de protección (Artículos 53, 81 y 168 CE). Además, el concepto constitucional del derecho a la vida tiene un fuerte componente de protección positiva, lo que no permite incluir en el mismo el derecho a la propia muerte⁹⁹⁹.

La Constitución de 1978 es la primera de nuestra historia que ha hecho un reconocimiento expreso de estos derechos¹⁰⁰⁰. Esta carencia compartida con otros países del entorno, solo se explica en razón de lo evidente del derecho y su justificación, lo que hacía innecesaria su inserción en los textos constitucionales. Pero esta percepción cambió radicalmente como consecuencia de las situaciones propiciadas por el manifiesto desprecio por la vida y la integridad física y moral del ser humano que se produjeron en el periodo de la Segunda Guerra Mundial, por lo que en la posguerra se reaccionó con el reconocimiento de estos bienes como derechos fundamentales dotándolos del mayor nivel de protección.

Nuestros constituyentes de 1978 siguieron esta línea. No obstante, hubo intenso debate sobre el contenido del Artículo 15 CE, centrado en la determinación de los sujetos titulares ("persona" o "todos") y la abolición de la pena de muerte. En ambas cuestiones se llegó al consenso, que en el asunto de la pena de muerte consistió en el compromiso de declarar su abolición, con la excepción de lo que pudieran disponer las leyes penales militares en tiempo de guerra.

España ha suscrito un amplio catálogo de tratados internacionales en relación con el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral, tanto en el ámbito mundial como en el europeo. El primero opera en el seno de las Naciones Unidas y el segundo en el Consejo de Europa y la Unión Europea. Así,

reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona,..."

⁹⁹⁹ Véase STC 154/2002 de 18 julio FJ 12 y en el mismo sentido, STC 120/1990 de 27 junio FJ7.

¹⁰⁰⁰ Solo existe un antecedente parcial en el Artículo 303 de la Constitución de Cádiz (1812), que proscribía el uso del "tormento" y de los "apremios".

se ratificó el Protocolo nº 6 (1983) del CEDH sobre la abolición de la pena de muerte en tiempo de paz y se ha firmado el Protocolo nº 13 (2002) del CEDH sobre la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia¹⁰⁰¹.

El **desarrollo legislativo** del Artículo 15 CE es predominantemente de carácter penal¹⁰⁰². Este derecho fundamental, que proclama el derecho a la vida e integridad, excluyó la pena de muerte con una reserva a favor de lo que las leyes penales militares pudieran disponer para tiempo de guerra. Se trataba de una habilitación potestativa, que ha tenido sus problemas interpretativos precisamente en cuanto al concepto de tiempo de guerra, excepción que se materializó en el Código Penal Militar vigente (Ley Orgánica 13/1985 de 9 diciembre). A este respecto, algunos autores (López Benítez, Peñarrubia) han estimado acertado interpretar el concepto “tiempo de guerra” en base al Artículo 25 CPM, que lo hacía restringiendo el estado de guerra a “los supuestos en que la guerra haya sido declarada formalmente o exista ruptura generalizada de hostilidades, con potencia extranjera”, lo que reduciría el tipo a casos de guerra defensiva y siempre contra potencia extranjera, únicos supuestos en los que sería constitucionalmente adecuado prever la pena de muerte. Como corolario, el tipo no sería aplicable en supuestos de guerra civil.

El “tiempo de guerra” es una realidad de hecho en la que cualquier país puede verse involucrado sin necesidad de previa declaración, por lo que alguna

¹⁰⁰¹ A destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 3 y 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículos 26 y 27) y su Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte, de 15 de diciembre de 1989; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984; los diversos Convenios y Protocolos de Ginebra sobre heridos, enfermos, población civil, víctimas o prisioneros en tiempo de guerra (por ejemplo, el Convenio relativo a la protección debida a los prisioneros de guerra de 12 de agosto de 1949); la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968.

En el ámbito europeo, cabe citar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 1950 (artículos 2 y 3); el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987 y sus Protocolos 1 y 2 y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea proclamada solemnemente en Niza el 7 de diciembre de 2000 (artículos 2 a 5). Véase Sinopsis del Artículo 15 CE realizada por Luís Gálvez Muñoz. Universidad de Murcia. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.

¹⁰⁰² Cercanas a la entrada en vigor de la Constitución, cabe citar entre otras disposiciones, el Real Decreto Ley 45/1978, de 21 de diciembre, de sustitución de la pena de muerte en el Código de Justicia Militar, en las Leyes Penal y Procesal de la Navegación Aérea y en las Leyes Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. Y posteriormente, la Ley Orgánica 9/1980 de 6 de noviembre, de modificación del Código de Justicia Militar, que delimita la aplicación de la pena de muerte y

doctrina apunta la necesidad de su actualización en dos líneas; una práctica, sustituyéndolo por el más preciso y actualizado “en tiempos de conflicto armado”; otra legislativa, con dos opciones a falta de una definición o concreción del concepto por parte del TC: proceder al desarrollo legislativo del Artículo 63.3 CE pese a no existir mandato en este sentido, o reformar la Constitución en este punto¹⁰⁰³.

Siguiendo la pauta legislativa de los países modernos de nuestro entorno, posteriormente se aprobó la Ley Orgánica 11/1995 de 27 noviembre, que en su Artículo 1 dispone la abolición de la pena de muerte establecida para tiempos de guerra, derogando así el Artículo 25 CPM e imposibilitando la imposición de esta pena¹⁰⁰⁴. En el Preámbulo de esta Ley Orgánica, si bien se expresa que la abolición hace desaparecer la pena de muerte de nuestro ordenamiento jurídico, también indica precisamente que “como tal excepción constitucional, no resulta obligada e imperativa, sino que el legislador dispondrá de plena libertad para abolirla”. Se liquida así lo que Jiménez Villarejo llama “una inquietante desigualdad en el ámbito del derecho más fundamental y primario”¹⁰⁰⁵. No obstante, como subraya Peñarrubia Iza esta eliminación es solo legal y no constitucional, ya que “no es absoluta mientras siga existiendo la previsión jurídica contenida en el Artículo 15 CE”¹⁰⁰⁶.

Las Reales Ordenanzas, en su Título IV (En el combate) y Título V (De los deberes y derechos civiles y políticos), contienen preceptos relacionados con el respeto a la vida, sobre la base de la observancia de los Convenios en la materia,

sus consecuencias, así como la Ley 13/1985 de 9 de diciembre, que aprueba el Código Penal Militar, limitando la pena de muerte a los tiempos de guerra.

¹⁰⁰³ Véase CUESTA RICO, Francisco: “Los parámetros constitucionales de la acción exterior de las Fuerzas Armadas Españolas”, en Liñán Nogueras, J. y Roldán Barbero, J. (directores), Marrero Rocha, I. (coordinadora), *El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas españolas en el exterior*, Granada, 2008. (Este trabajo es fruto del convenio de investigación entre el Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada y el Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra).

¹⁰⁰⁴ Pautas como el Segundo Protocolo facultativo al Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos, Resolución 1044 y Recomendación 1246 adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 4 de octubre 1994.

¹⁰⁰⁵ No obstante, Jiménez Villarejo precisaba que, en tiempo de guerra, ciertos delitos militares pueden ser cometidos también por personas que no sean militares, “por lo que la conminación de la pena de muerte afectaría también, en tiempo de guerra, a todo ciudadano que cometiese un delito militar para el que aquella estuviese prevista”. JIMÉNEZ VILLAREJO, J: “Principios constitucionales. Derechos fundamentales...”, cit. pp.223-224.

¹⁰⁰⁶ PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. p.169.

el valor de la vida humana y la preocupación por evitar daños inútiles o sufrimientos innecesarios¹⁰⁰⁷.

En cualquier caso, el riesgo para la vida e integridad física es algo consustancial con el ejercicio profesional del militar y el afrontarlo no solo es una obligación, sino también una exigencia jurídica. Así está reflejado en el deber de defender a España del Artículo 30 CE o en la fórmula de juramento a la Bandera¹⁰⁰⁸. En lógica correspondencia, las leyes penal y disciplinaria establecen los tipos necesarios para corregir las conductas elusivas del deber por temor a un riesgo personal¹⁰⁰⁹. Como es lógico, las Reales Ordenanzas no podían obviar la cuestión en su aspecto ético profesional y lo recogen, entre otros, en su Artículo 127, salvado de las antiguas Ordenanzas de Carlos III: "El que tuviere orden absoluta de conservar su puesto, a todo trance, lo hará"¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁷ Artículo 136 ROFAS: "A nadie ha de cegar la victoria; en ella se extremará la disciplina. Con el enemigo vencido se respetarán los derechos reconocidos por los Convenios Internacionales suscritos por España y las leyes y usos de la guerra".

Artículo 137 ROFAS: "Los mandos prestarán la debida atención a proteger la población civil,...".

Artículo 138 ROFAS: "El combatiente no rehusará la rendición incondicional del enemigo, ni declarará la guerra sin cuartel. Respetará el cese o suspensión eventual del fuego autorizadamente pactados...".

Artículo 139 ROFAS: "No utilizará medios de destrucción prohibidos ni causará daños inútiles o que produzcan sufrimientos innecesarios, no permitirá saqueo, pillaje o venganza. Tratará humanitariamente a las personas ajenas al combate...".

También, el derogado por LCM, Artículo 170 ROFAS: "Todo militar está obligado a observar estrictamente las normas sobre el uso legítimo de la fuerza, teniendo siempre presente el respeto que merece la vida humana y los preceptos del derecho bélico y humanitario que sean de aplicación".

¹⁰⁰⁸ El derogado Artículo 3 LRPFAS. Juramento o promesa ante la Bandera de España.

2. "...El jefe de la unidad militar que tome el juramento o promesa ante la Bandera pronunciará la siguiente fórmula: «¡Soldados! ¿Juráis por Dios o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente vuestras obligaciones militares, guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado, obedecer y respetar al Rey y a vuestros jefes, no abandonarlos nunca y, si preciso fuera, entregar vuestra vida en defensa de España?»».

El vigente Artículo 7 LCM, mantiene la misma fórmula suprimiendo las palabras "por Dios".

¹⁰⁰⁹ Véanse Artículos 107 a 114 CPM (Cobardía). El tipo general es el Artículo 113 CPM: "Fuera de los casos anteriores, el militar que, por temor a un riesgo personal, violare algún deber militar cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años". Artículo 8 LORDFAS. Son faltas graves:[...] 3. "Incumplir un deber militar por temor a un riesgo personal".

¹⁰¹⁰ Véase también Artículo 20 ROFAS. "El juramento ante la Bandera de España es un deber esencial del militar; con el se contrae compromiso de defender a la Patria aun a costa de la propia vida; su fórmula será fijada por la ley".

Artículo 27 ROFAS. "Tendrá presente que el valor, prontitud en la obediencia y grande exactitud en el servicio son objetos a los que nunca ha de faltar, aunque exijan sacrificios y aun la misma vida en defensa de la patria".

Artículo 96 ROFAS. "Considerara las vidas de sus hombres como valor inestimable que la patria le confía y no las expondrá a mayores peligros que los exigidos por el cumplimiento de la misión".

En el ámbito comparado, la solución adoptada en Italia es semejante a la española, la pena de muerte está abolida en paz y en guerra, pero el legislador puede establecerla en tiempo de guerra sin modificar la Constitución.

La **jurisprudencia** constitucional recaída en relación con los derechos a la vida y a la integridad física y moral contemplados por el Artículo 15 CE ha sido abundante. El Tribunal Constitucional ha delimitado su alcance, ha precisado el significado de los conceptos empleados en su formulación y ha efectuado, por último, una lectura sistemática y ponderada de los mismos en relación con los Artículos 1, 10, 16 y 17.1 CE¹⁰¹¹.

No se encuentran sentencias relativas a este derecho fundamental relacionadas con el ámbito de la relación de sujeción especial del militar, en cambio sí las hay relacionadas con la relación de sujeción especial de los internos en prisión, si bien entrelazando el derecho a la vida (Artículo 15 CE), la libertad ideológica y religiosa (Artículo 16.1 CE) y el derecho a la libertad (Artículo 17.1 CE); como es el caso de la STC 120/1990, en la que el TC utilizó la existencia de la RdSE del interno como argumento para interpretar que la alimentación obligatoria no afecta a los tres artículos citados. En síntesis, se advierte la presencia de una actividad positiva por parte del Estado para la preservación de la vida e integridad física, que se acentúa en el caso de coincidir con una relación de sujeción especial¹⁰¹².

¹⁰¹¹ Entre las muchas Sentencias del Tribunal Constitucional sobresalen, por su relevancia intrínseca y consecuencias prácticas, la STC 53/1985 (aborto) y la STC 120/1990 (huelga de hambre de presos del GRAPO) en la que el Tribunal declara, que el derecho fundamental a la vida, en cuanto fundamento objetivo del ordenamiento, impone a los poderes públicos "el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho". En segundo lugar, subraya el papel activo de protección de la vida que corresponde al Estado en el terreno de las relaciones de sujeción especial, como ocurre con los presos, en la medida en que se trata de "personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger". El Tribunal Constitucional se cuida también de precisar que el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte, sin perjuicio de reconocer que, "siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte".

¹⁰¹² STC 120/1990 de 27 junio FJ 8. "...este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad,[...]y, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional. [...] Y aquí debemos recordar que, según dejamos expuesto, la asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración penitenciaria y que esta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia; deber que le viene impuesto por el art. 3.4 de la LOGP, que es la Ley a la que se remite el art.

A modo de consideraciones finales, conviene recordar que si bien la fundamentación ético-jurídica de la abolición de la pena de muerte descansa sobre el carácter de reeducación y reinserción social para el delincuente, que debe revestir toda pena impuesta, y no en una suerte de venganza de la sociedad o de aplicación de la ley del Talión, en el caso del militar la cuestión presentó otros matices específicos. Porque el valor ejemplarizante o disuasorio que podía tener para los delincuentes, actualmente desechado como argumento para sostener la vigencia de la pena de muerte, tenía su utilidad práctica desde el punto de vista militar ya que, en extremo, la única alternativa para cumplir el deber puede ser el no tener alternativa, entre enfrentarse a una probable muerte en combate o a una también probable muerte como autor de un delito tipificado y sancionado con esa misma pena¹⁰¹³. Esto es duro de expresar, pero sería una falta de rigor no hacer alguna consideración al respecto, porque conviene no olvidar que la guerra es una situación extrema por la brutalidad que encierra; en palabras de Clausewitz “la guerra es [...], un acto de fuerza para obligar al contrario al cumplimiento de nuestra voluntad”, de extremo empleo de la fuerza, añade¹⁰¹⁴.

En cuanto a la posible **evolución** del tratamiento de este derecho fundamental, parece que se ha iniciado un camino sin retorno, porque si en las circunstancias actuales es improbable el retroceso, menos aún lo será en el

25.2 de la Constitución como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionalmente consagrados, como son la vida y la salud de las personas”. Doctrina que se reitera en la STC137/1990 de 19 julio, si bien con matices (tres votos particulares).

Lasagabaster considera esta Sentencia 120/1990 como “uno de los supuestos donde de forma más rotunda se ha utilizado la categoría RSE para justificar una minoración de los derechos fundamentales”. Critica al TC porque acude a la solución RdSE por falta de apoyos en su decisión. El problema es la diferenciación que hace el TC entre ciudadanos comunes e internos y la clave está en que el interno tiene los mismos derechos fundamentales que el libre, en la medida en que estos sean compatibles con el cumplimiento de la pena. Véase en LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. pp. 396-399.

¹⁰¹³ Esto se observa perfectamente en el derogado Código de Justicia Militar de 1945, cuyo Artículo 338 era del siguiente tenor: “El que por cobardía sea el primero en volver la espalda al enemigo incurrirá en la pena de muerte, y podrá en el mismo acto ser muerto para castigo y ejemplo de los demás”. El precepto se apoyaba en la necesidad de contener a las tropas que, en un momento dado cejan en su empeño, creando una situación de pánico y grave peligro para el conjunto, y se correspondía con el Artículo 391.1º del mismo Código que preveía penas de hasta seis años de prisión y separación del servicio, para el militar “que no mantenga la debida disciplina en las fuerzas de su mando o no proceda con la energía necesaria para reprimir en el acto cualquier delito militar, según los medios de que al efecto disponga”. Véase en DÍAZ-LLANOS LECUONA, Rafael: *Leyes Penales Militares*, Ed. Compañía Bibliográfica Española, S.A. (10ª edición), Madrid, 1974, pp.308-309.

futuro, ya que la persecución de la efectividad de los derechos fundamentales es un proceso imparable, tanto en el ámbito nacional como en el comparado o internacional. No obstante, como se ha señalado, la posibilidad constitucional para el retroceso continúa abierta. Posiblemente sea uno de los ajustes a realizar en una hipotética futura reforma constitucional. En cualquier caso, y esto es lo relevante a los efectos de este trabajo, se ha eliminado un importante elemento diferencial del estatuto personal del militar de carrera que, en este punto, ha evolucionado favorablemente.

6.2.2. DERECHO DE PARTICIPACIÓN.

Artículo 23 CE: “1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Artículo 70 CE: “La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso:[...]e) A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo”.

El **Artículo 23.1** CE está relacionado estrechamente con la proclamación del Estado social y democrático de Derecho y la soberanía del pueblo español (Artículo 1 CE), así como con la promoción de la participación política que corresponde a los poderes públicos (Artículo 9.2 CE).

El derecho de participación política cuenta con pocos antecedentes en el constitucionalismo histórico español, incluso ha habido retrocesos o desviaciones, como el caso del sufragio censitario, que era concebido como una función pública de configuración legal¹⁰¹⁵.

En el ámbito internacional, la DUDH (1948) y el PIDCP (1966) recogen el derecho de participación directa o a través de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas con sufragio universal, que es el criterio seguido por el Constituyente de 1978. En cambio, el CEDH (1950) reconoce este derecho de

¹⁰¹⁴ CLAUSEWITZ, Carlos von: *De la Guerra*, Ediciones Ejército, Madrid, 1978, p.27.

¹⁰¹⁵ Solo la Constitución de 1869 rompe la tendencia proclamando el derecho de voto (Artículo 16). Ni siquiera la Constitución de 1931 proclama un derecho de participación, sino la igualdad de sexo en los derechos electorales "conforme determinen las leyes" (Artículo 36).

manera más restrictiva, como derecho a elecciones libres con escrutinio secreto para la elección del cuerpo legislativo.

El Tribunal Constitucional ha establecido que solo son **titulares** del derecho las personas físicas, ni siquiera los partidos políticos, porque no todo cargo público es representativo, sino solo el elegido por sufragio universal¹⁰¹⁶.

En realidad, el Artículo 23 CE recoge **tres derechos** subjetivos autónomos: el derecho a la participación política directamente o por medio de representantes, y el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad que, a su vez, se desdobra en el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad del Artículo 103.3 CE y el de acceso a cargos públicos representativos. Este engloba al sufragio pasivo y marca la diferencia entre el cargo público representativo y el funcionario, ya que mientras aquel ejerce un derecho, este cumple una obligación. Además de ser distintos los bienes jurídicos protegidos que, en el primer caso es la representación y en el segundo, el mérito y la capacidad.

Así, la capacidad para ser elegido suele estar rodeada de ciertas limitaciones preventivas. Unas, en forma de causas de incapacidad o inelegibilidad, en salvaguardia de la institución del sufragio pasivo y que se justifican en argumentos como la garantía de la pureza del sufragio, la separación de poderes, la independencia del representante o la prevención de abusos. Estas objeciones revisten forma de impedimentos jurídicos para el acceso al mandato y conllevan la nulidad de la elección. Otras revisten la forma de causas de incompatibilidad, de prohibición de simultanear el ejercicio de un mandato y determinado cargo u oficio y, aunque la elección es válida, obligan al electo a optar por el mandato o el ejercicio que sea compatible.

La representación política es el referente democrático y el mecanismo legitimador de la estructura del Estado en su conjunto, por la exigencia de que la elección de los representantes se realice mediante elecciones periódicas y sufragio universal.

¹⁰¹⁶ STC 5/1984 de 25 abril, FD 2: "Tienen razón la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo cuando señalan que este es un derecho que se otorga a los ciudadanos en cuanto tales y, por consiguiente, a las personas individuales. No es un derecho que pueda reconocerse genéricamente a las personas jurídicas".

La participación que establece el Artículo 23.1 CE puede ser directa o indirecta. La primera se refleja en nuestra Constitución, por ejemplo, en la previsión del *referéndum* del Artículo 92 CE o en la iniciativa legislativa popular (Artículo 87.3 CE).

La referencia a "los requisitos que señalen las leyes" ha servido al Tribunal Constitucional para reiterar que este es un típico derecho de configuración legal, sin la cual no es factible su ejercicio. No obstante, el TC recuerda que no toda infracción de la legalidad constituye lesión del derecho fundamental y distingue tres momentos que consagran una triple dimensión del derecho: acceso, permanencia y ejercicio del cargo. En cada uno de ellos se ejercen derechos diversos, facultades concretas, al amparo del artículo 23.2 CE. En el momento del acceso se ejerce el sufragio pasivo, estrictamente ligado al sufragio activo pues ambos sirven al mismo bien jurídico, es decir, a la representación, pero distinguibles y autónomos. La Constitución reclama igualdad en el acceso y, por lo tanto, en el sufragio pasivo. En este sentido son determinantes las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad establecidas en la Constitución (Artículo 70.1) y precisadas en la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG).

El **Artículo 70.1** CE remite a la ley electoral para la determinación de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los miembros de las Cortes Generales, estableciendo así una reserva de ley específica, al tiempo que, apartándose de la línea seguida en las Constituciones de nuestro entorno, determina el contenido mínimo de tal regulación.

Las dos figuras recogidas en este precepto son un medio clásico para salvaguardar la libertad y la independencia, bien de los parlamentarios, bien de otros sujetos u órganos, bien de los electores; pero es preciso recordar su diferenciación. Así, la inelegibilidad pretende que no se planteen ciertas situaciones que podrían derivar en una discriminación en el proceso electoral, procurando garantizar el libre ejercicio del sufragio activo, eliminando posibles coacciones o intimidaciones que determinadas posiciones "dominantes" de los candidatos conllevarían, asegurando al mismo tiempo la igualdad de condiciones de los elegibles. Las incompatibilidades, sin embargo, quieren evitar que el parlamentario simultanee su cargo con otro mandato, cargo, función o actividad

pública o privada que pueda comprometer su actuación o impedir que esta se realice correctamente y con la dedicación necesaria, de forma que, en cierto modo, pueden verse como una expresión de la interdicción del mandato imperativo del Artículo 67.2 CE, así como del principio de separación de poderes.

Por otra parte, mientras la inelegibilidad actúa desde el inicio al fin del proceso electoral, la incompatibilidad surge en el momento inmediatamente posterior, es decir, una vez celebrada la elección, teniendo en cuenta que nuestro sistema, tal y como ha señalado el TC es de concurrencia de supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad¹⁰¹⁷.

La Ley Orgánica 5/1985 LOREG estableció en su Artículo 6 las causas generales de inelegibilidad, las cuales, tal y como señaló el Tribunal Constitucional (STC 45/1983 de 25 de mayo), en tanto que suponen una restricción del derecho de sufragio pasivo, no son susceptibles de aplicación analógica para extender su aplicación a supuestos no contemplados en la ley. El Artículo 6.1 regula las causas de inelegibilidad absolutas, previstas a su vez en las normas relativas a los órganos incompatibles correspondientes, como por ejemplo el anterior Artículo 141 LRPFAS, el vigente Artículo 109.1, d LCM y el Artículo 8.34 LORDFAS. El Artículo 6.3 prevé las causas de inelegibilidad relativas, aplicables solo en la circunscripción en que se ejerce el cargo o la función correspondiente. Los supuestos de inelegibilidad previstos en el Artículo 6.2 se caracterizan porque su remoción no depende de la voluntad del afectado (privación del derecho de sufragio pasivo como pena accesoria a la privación de libertad), además de otros casos previstos en la legislación penal. El Artículo 56 del Código Penal, prevé la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo en las penas de prisión inferiores a diez años, aunque no se impone ya como accesoria a la de privación de libertad, de forma automática y en todo caso. Por otro lado, el Artículo 137 LOREG prevé la imposición de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo para todos los delitos e infracciones electorales.

¹⁰¹⁷ STC 45/1983 de 25 mayo, FJ 5: "...nuestro sistema es el de la concurrencia de supuestos de inelegibilidad, que impiden el convertirse, en quien concurren, en sujeto pasivo de la relación electoral, y de supuestos de incompatibilidad, en los que se transforman las de inelegibilidad que dice el art. 4, 5 y 6, operando, en su caso, impidiendo el acceso al cargo o el cese en el mismo, de modo que aquellos, proclamados y aun elegidos, que han quedado posteriormente afectados por tales causas, incurrir en incompatibilidad".

Son elementos característicos de los procesos contencioso-electorales la brevedad, el derecho aplicable y el objeto tutelado, que es un derecho fundamental, de ahí que el control judicial de la regularidad del proceso electoral establecido en el Artículo 70.2 no excluya la revisión por la vía del amparo del Tribunal Constitucional, a fin de proteger derechos fundamentales como sería el de la participación política¹⁰¹⁸.

En cuanto a la **recepción en la legislación**, en la historia constitucional española, los militares han tenido un tratamiento similar al de los empleados públicos, con algunas distinciones para el acceso al Senado o equivalente, en el caso de los generales.

Las Reales Ordenanzas no mencionan el ejercicio del sufragio pasivo y solo de manera sucinta, el ejercicio del derecho de voto, para el que no solo no existe limitación, sino que se impone a los mandos militares la obligación de facilitar su libre ejercicio a los componentes de las Fuerzas Armadas¹⁰¹⁹.

El Real Decreto-Ley 10/1977 RDLAPS prohibió a los militares aceptar candidaturas para cargos públicos electivos de carácter político y sindical (Artículo 2. 4), criterio también seguido por la Ley Orgánica 9/1983 de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión (Artículo 9.28).

La ley disciplinaria incluye, como falta grave, el ejercicio de cargos políticos o sindicales sin haber solicitado previamente el cambio de situación administrativa¹⁰²⁰.

En la vigente Constitución, el derecho de sufragio pasivo se le niega explícitamente a los militares profesionales en servicio activo, que serán en todo caso inelegibles (Artículo 70.1, e CE), remitiendo a la ley electoral para determinar las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de diputados y senadores.

¹⁰¹⁸ STC 27/1990 de 22 febrero, FJ 3: "...hay que tener en cuenta que si bien el art. 70.2 de la Constitución establece que «la validez de los actos y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral», ni este precepto constitucional, ni ningún otro, excluye la revisión que puede realizar este Tribunal en el recurso de amparo previsto en el art. 53.2 de la Constitución para ofrecer a los derechos fundamentales susceptibles del mismo la protección exigible para su plena efectividad".

¹⁰¹⁹ Título V. De los deberes y derechos del militar. De los deberes y derechos civiles y políticos. Artículo 184 ROFAS: "Los mandos militares darán las debidas facilidades a los componentes de las fuerzas armadas para que puedan ejercer libremente el derecho de voto".

¹⁰²⁰ Artículo 8. LORDFAS: "Son faltas graves: [...] 34. Sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida, estar afiliado a alguna organización política o sindical, asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si

La Ley Orgánica 5/1985 LOREG ha recogido esta previsión en sus Artículos 6 y 7, que contemplan las causas de inelegibilidad, precisando que los militares profesionales en activo que deseen presentarse a las elecciones, “deberán solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda”, lo que supone una distinción *in peius* respecto a otros grupos profesionales (policías, jueces o fiscales), por lo que el criterio seguido por la legislación española debe ser considerado como muy restrictivo¹⁰²¹.

La Ley 17/1999 LRPFAS, abordaba la cuestión desde el punto de vista de las situaciones administrativas, que en el caso del ejercicio del sufragio pasivo era la de excedencia voluntaria. En la práctica, se obligaba a los militares que pretendían ostentar una candidatura a elegir entre esta o su carrera, lo que desde luego pone en entredicho la proporcionalidad de tal restricción. Por otra parte, la LRPFAS hacía un esfuerzo por paliar los efectos que produjo la aplicación del Real Decreto-ley 10/1977 RDLAPS, que continuaban pese a su derogación por la anterior ley de personal¹⁰²². La actual Ley 39/2007 de la Carrera Militar ha venido

tienen carácter político o sindical, ejercer cargos de carácter político o sindical o aceptar candidaturas para ellos con las excepciones establecidas por las leyes”.

¹⁰²¹ Artículo 6 LOREG: “1. Son elegibles los españoles mayores de edad, que poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incurso en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad: [...] l) los militares profesionales y de complemento y miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad y policía, en activo”.

Artículo 7 LOREG: “1. La calificación de inelegible procederá respecto de quienes incurran en alguna de las causas mencionadas en el artículo anterior, el mismo día de la presentación de su candidatura, o en cualquier momento posterior hasta la celebración de las elecciones. [...] 3. Los magistrados, jueces y fiscales, así como los militares profesionales y de complemento y miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad y policías, en activo, que deseen presentarse a las elecciones, deberán solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda. 4. Los magistrados, jueces y fiscales, miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad y policías en activo tendrán derecho, en todo caso, a reserva de puesto o plaza y de destino, en las condiciones que determinen las normas específicas de aplicación [...]”.

¹⁰²² Artículo 141 LRPFAS. Situación de excedencia voluntaria:” 1. Los militares de carrera y los militares profesionales de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter permanente pasarán a la situación de excedencia voluntaria cuando: a) Sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o resultaran elegidos en las mismas”.

Artículo 109 LCM. Situación de servicios especiales.1. Los militares de carrera y los militares de tropa y marinería con compromiso de larga duración, serán declarados en situación de servicios especiales cuando: [...]d) Sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o resulten elegidos en las mismas [...].

LRPFAS. Disposición adicional quinta. Adaptación de las situaciones administrativas.

“Asimismo, a los militares de carrera que, por aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, sobre ejercicio de actividades políticas y sindicales por componentes de las Fuerzas Armadas, pasaron al retiro, se les computará el tiempo permanecido como miembros de elección popular en órganos representativos públicos, a efectos de trienios y derechos pasivos. A los que hayan cesado o cesen en los citados cargos se les realizará, por el Ministerio de

a corregir desigualdades respecto al sufragio pasivo, puesto que “el pase a la situación administrativa que corresponda” que exige el Artículo 7.3 LOREG al militar que se presente a elecciones, ahora es la situación de servicios especiales (Artículo 109.1,d LCM) que comienza desde el momento en que son declarados candidatos o resulten elegidos. En esta situación se mantiene en suspenso la condición de militar, al igual que en la de excedencia pero, a diferencia de esta, el tiempo permanecido es computable para servicio, trienios y derechos pasivos y además se puede ascender si se cumplen las condiciones, por lo que la LCM corrige en gran medida desigualdades anteriores de difícil justificación.

A la vista de la legislación extranjera, Casado Burbano¹⁰²³ estimaba que se ha procurado buscar el equilibrio en el ejercicio del sufragio pasivo teórico, para evitar que las tensiones propias de las campañas electorales incidan en el funcionamiento de las Fuerzas Armadas.

Respecto al sufragio **activo**, se admite generalmente que los militares pueden ejercer su derecho al voto sin distinción de los demás ciudadanos. Esta línea es clara en la historia constitucional española, si bien con las adaptaciones propias de los periodos en que rigió el sistema censitario; así, en 1837 y 1845 solo tenían derecho a voto los electores militares a partir del grado de capitán.

Veamos algunas opiniones de la **doctrina**.

En el año 1988, Blanco Valdés¹⁰²⁴ estimaba que el tratamiento que recibía el derecho de sufragio pasivo para los militares era “la mejor prueba, aunque no ciertamente la única, de ese carácter restrictivo, del *status* político de los militares”. Entendía el tratamiento del derecho a ser votado como claramente restrictivo no tanto por las prohibiciones o trabas directas, sino por las graves consecuencias derivadas como era la pérdida definitiva e irreversible de la condición de militar, ya que por imposición de la ley electoral y a diferencia de otros profesionales, el militar debía solicitar el pase “a la situación administrativa que corresponda” para poder presentarse a las elecciones, situación irreversible

Defensa y a solicitud del interesado, el señalamiento de haber pasivo, considerando que se ha producido un retiro forzoso de acuerdo con la normativa aplicable en el momento del cese”. (La Disposición Derogatoria 3, de la Ley 17/1989 de 19 julio, reguladora del régimen del personal militar profesional (LRPMP), derogó el Real Decreto-Ley 10/1977 de 8 febrero por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas).

¹⁰²³ CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. pp.132-137.

¹⁰²⁴ BLANCO VALDÉS, R. L: *La ordenación constitucional de la Defensa*, cit. pp.100 -101.

según la regulación entonces vigente del Real Decreto-ley 10/1977 y que no era otra que la de retirado.

Respecto al derecho de sufragio activo, Jiménez Villarejo¹⁰²⁵ considera que no existe norma en nuestro ordenamiento jurídico que lo limite. En cuanto al sufragio pasivo, la CE y la LOREG, “en absoluta coherencia con el postulado de apartar a los militares en activo de las contiendas políticas, declara inelegibles a los militares profesionales”, que deberán solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda, previsión cuyo cumplimiento se asegura en vía disciplinaria. Incide en la ampliación que supuso la Ley 17/1989 LRPMP (Artículo 100) respecto al RDLAPS (Artículo 5), que imponía la renuncia irreversible a su carrera para cualquier militar con vocación política, en tanto que después se arbitró la situación de “excedencia voluntaria”, expresamente prevista, aunque sometida a condicionamientos tan severos como la imposición de un plazo de dos años para regresar al servicio activo; bien desde el término del mandato o cese del cargo; bien desde la concesión del pase a esta situación, para los que no resultaran elegidos. Asimismo, consideraba que aunque esta regulación aún pudiera verse como un factor de disuasión para la incorporación de los militares a la vida política, es indudable que suavizó el régimen del RDLAPS, que imponía tales cortapisas por vía de ley ordinaria que podía tacharse de inconstitucional por chocar con el Artículo 81.1 CE.

Para Alli Turrillas¹⁰²⁶, el régimen del sufragio pasivo ha sido riguroso en extremo, incluso en comparación con otros colectivos que también lo tienen limitado (jueces y magistrados); más que por los inconvenientes que se pudieran imponer al acceso a la carrera política, por las consecuencias irreversibles que conllevaba el fracaso en el intento, respecto a la carrera militar. Sobre la base del régimen de la función pública civil, este régimen se abrió en la Ley 17/1989 LRPMP, ya derogada por la LRPFAS que mantiene el mismo criterio en su Artículo 141. 3 y 5 que, en síntesis, consiste en mantener el *estatus* durante los dos primeros años, para decaer a continuación, aunque permite al militar reintegrarse inmediatamente a la actividad, si no es elegido, o cuando termine su mandato.

¹⁰²⁵ JIMÉNEZ VILLAREJO, J: "Principios constitucionales. Derechos fundamentales...", cit. pp.234-236.

López Benítez¹⁰²⁷, incide en que la verdadera importancia del derecho de sufragio pasivo y su ejercicio, dada la singularidad del *estatus* del militar, es su traducción en la imposición de condiciones más gravosas, que se materializan en las consecuencias jurídicas que para un militar de carrera supone la mera participación en un proceso electoral. La exigencia de “solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda” (Artículo 7 LOREG) mejoró tras la LRPFAS (y su antecedente LRPMP), respecto a los condicionamientos que imponía la aplicación del Real Decreto-Ley 10/1977 RDLAPS, como era el pase a la situación de retirado o situación especial, correspondiendo ahora el pase a la excedencia voluntaria. Aún así, bajo esta LRPFAS 17/1999, las consecuencias para el militar seguían siendo más gravosas que para otros colectivos (jueces o policías) que, de resultar elegidos, pasaban a la situación de servicios especiales, situación más ventajosa a efectos de carrera y económicos que la excedencia voluntaria a la que se veía obligado el militar de carrera, consiguiera o no su elección.

La imposición del derogado Artículo 100.4 LRPMP de continuar en excedencia voluntaria dos años tras el fin del mandato era considerada por López Benítez como “una limitación carente de justificación objetiva y razonable”. La crítica considerando que emplear una especie de periodo de cuarentena como medio para “desintoxicar” políticamente antes del regreso a las filas de las Fuerzas Armadas es, cuando menos extemporáneo y desde luego inútil “tratándose de la profesión de ideas sólidamente sedimentadas en la conciencia humana” cuyo borrado no es cuestión de tiempo. Apunta a la razón de Estado o la conveniencia del servicio, como única explicación, todo ello sobre la confusión entre “el necesario *apartidismo* del militar con la inequívoca *politicidad* del mismo”. En definitiva se trataría de “ponérselo difícil” a quienes sientan, siquiera temporalmente, la tentación de participar activamente en política.

Peñarrubia Iza¹⁰²⁸, considera que la cuestión de determinar si los militares pueden ser electores y elegibles, o solo electores, así como la repercusión que la opción elegida tenga sobre su neutralidad política, “ha sido muy discutida y no bien aclarada por el Derecho positivo, sino hasta tiempos recientes, tanto en el

¹⁰²⁶ ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit. pp.294 ss.

¹⁰²⁷ LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 505-508.

Derecho español como en el comparado”. Las restricciones fueron establecidas por el ya mencionado Real Decreto-Ley 10/1977, seguido de las ROFAS (1978), y traducidas en la virtual expulsión del servicio activo para quienes se presentasen candidatos a elecciones para cargo público. Situación vigente hasta la Ley 17/1989 LRPMP (Artículo 100.1), que preveía el pase a la situación de excedencia voluntaria por dos años a contar desde la concesión o desde el cese, caso de resultar elegidos. La Ley Orgánica 28/1994 de 18 octubre que completaba el régimen del personal de la Guardia Civil, eliminó el requisito del transcurso de dos años para volver al servicio activo, sustituyéndolo por el pase a la situación de disponible en los dos supuestos contemplados, desde el día siguiente. El Artículo 142 LRPFAS conservó esta perspectiva prescribiendo el pase a la situación de excedencia si resulta elegido, o el reingreso en el servicio activo en caso contrario o por fin del mandato, remediando también la incomprensible situación de no computación del tiempo en excedencia a efectos de trienios y derechos pasivos, que ahora sí lo era.

Peñarrubia estima deseable la neutralidad de la función pública, pero ve en este tratamiento diferenciado la aplicación de una visión sociológica institucional de la Función militar, estimando que es la única explicación para una distinción con los funcionarios civiles, cuya equiparación se persigue, en lo posible.

En el **ámbito comparado**, el sistema francés fue uno de los más influyentes en la configuración del actual estatuto del militar profesional, puesto que fue una referencia para los redactores de las Reales Ordenanzas en 1978¹⁰²⁹.

No se han encontrado **sentencias** del TC en las que se aborde el derecho de sufragio pasivo de los militares.

Respecto a su ejercicio por los militares, el derecho de participación ha **evolucionado** favorablemente, reduciendo significativamente las graves

¹⁰²⁸ Véase en PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp.191-194.

¹⁰²⁹ Los militares no pueden afiliarse a partidos políticos, pero esta prohibición puede suspenderse durante la campaña electoral, o prolongarse en su caso.

Loi adopté par le Parlement le 15 mars 2005 portant statut général des militaires. Article 5 : « Il est interdit aux militaires en activité de service d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique. Sous réserve des inéligibilités prévues par la loi, les militaires peuvent être candidats à toute fonction publique élective; dans ce cas, l'interdiction d'adhésion à un parti politique prévue par le premier alinéa du présent article est suspendue pour la durée de la campagne électorale. En cas d'élection et d'acceptation du mandat, cette suspension est prolongée pour la durée du mandat. Les militaires qui sont élus et qui acceptent leur mandat, sont placés dans la position de détachement prévue à l'article 51».

consecuencias para la carrera profesional que tenía anteriormente la llamada de la política. Así, lo que en principio era una medida clara y desproporcionadamente disuasoria, ha sido reconducida a unos términos mas razonables, eliminadas discriminaciones incomprensibles como las relativas al cómputo de trienios y tiempo de servicio efectivos, retribuciones o ascensos, aunque alguna diferencia continua existiendo en el ámbito interno, por ejemplo a efectos de baremo en las evaluaciones para el ascenso, pero esto es relativo porque también existen diferencias entre los que están en servicio activo, en función del destino que ocupan. Lo importante es que, tras la aprobación de la ley de la carrera militar, las diferencias respecto a otros colectivos son ya menores, por lo que se va atenuando la tendencia legislativa general de no facilitar el acceso del militar a la política¹⁰³⁰.

Una razón puede ser que la pretensión de aislar al militar de la participación política se ha mostrado utópica en el pasado y contradictoria en la actualidad, porque su aplicación rigurosa supone la posesión de un derecho con escasas posibilidades prácticas. Hoy queda claro que el camino es el apartidismo y no el apoliticismo, porque es factible negar a los militares la afiliación política y la participación en las manifestaciones que conlleva, en todo caso siempre externas; pero es un contrasentido permitir y animar al ejercicio del derecho de sufragio activo y en cambio poner los mayores obstáculos para el ejercicio del sufragio pasivo.

“El apoliticismo del militar es una aberración que le conduce a un vacío intelectual. No podemos olvidar que antes de ser militar, se es ciudadano y como tal, animal político, que debe sentir y vivir las inquietudes de sus semejantes. Por otra parte, la tan traída y llevada integración social del militar no podrá conseguirse si no se siente identificado con los problemas de toda índole que se producen en su país”¹⁰³¹.

¹⁰³⁰ Según el texto de la LCM no se observa obstáculo para la reincorporación inmediata a las FAS una vez cesado o terminado el mandato, en cambio no se hace mención explícita en línea con el Artículo 7.4 LOREG (“los magistrados, jueces y fiscales, [...] y policías en activo tendrán derecho, en todo caso, a reserva de puesto o plaza y de destino, en las condiciones que determinen las normas específicas de aplicación [...]). No obstante las posibilidades de equiparación no están agotadas porque el Artículo 107.3 LCM precisa que “Cuando en normas con rango de ley se regulen supuestos de aplicación general para los funcionarios al servicio de la Administración General del Estado en relación con las situaciones administrativas, reglamentariamente se determinarán las adecuaciones necesarias para su adaptación al militar profesional”.

¹⁰³¹ MORALES VILLANUEVA, Antonio: “Apoliticismo y apartidismo de los militares”, *Revista Tierra, Mar y Aire* núm.280. Año XLVIII, mayo-junio 2006, p.48.

En general, se ha pasado de la disuasión legislativa para el ejercicio del sufragio pasivo, a la preservación de la debida neutralidad que, en materia política, deben presentar y mantener las Fuerzas Armadas.

6.2.3. DERECHO DE SINDICACIÓN.

Artículo 28 CE: "1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. [...] 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

La libertad sindical se contempla, entre otros documentos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que en su Artículo 23.4 reconoce el derecho de fundar sindicatos y a sindicarse, y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), que también lo recoge en su Artículo 11.1.

Salvo la Constitución de 1931 (Artículo 39), ninguna de las históricas españolas reconoció la libertad sindical.

El Artículo 28.1 CE reconoce la libertad sindical y el 28.2 el derecho de huelga, que son los dos derechos de autotutela de que disponen los trabajadores en el Estado social para defender sus intereses económicos.

El propio Artículo 28.1 autoriza al legislador para que limite o exceptúe del ejercicio del derecho de sindicación a militares y otras personas encuadradas en cuerpos sometidos a disciplina militar, es decir, la Guardia Civil.

La Constitución de 1978 también es la primera de las españolas en reconocer el derecho de huelga, que no aparece ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

El Artículo 28.2 CE reconoce a los trabajadores este derecho para "la defensa de sus intereses" y prevé el mantenimiento durante la huelga de los "servicios esenciales de la comunidad". Así, la titularidad del derecho de huelga está sometida a ciertas restricciones, recogidas en este artículo y en algún otro

precepto de la Constitución, como el Artículo 127.1 CE (jueces, magistrados y fiscales).

El Artículo 1.1 de la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de libertad sindical (LOLS), dispone que la **titularidad** del derecho corresponde a los trabajadores por cuenta ajena, por lo que la titularidad es individual, solo para los trabajadores por cuenta ajena y se ejerce colectivamente. Los funcionarios públicos pueden ejercer este derecho según sus normas reguladoras y los miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado no podrán ejercerlo para alterar el normal funcionamiento del servicio.

El derecho de huelga tiene la limitación constitucional de la exigencia del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, cuestión que ha suscitado abundante jurisprudencia del TC por la dificultad de concretar lo que son los servicios mínimos y quien puede fijarlos. Los límites del derecho de huelga están precisados en el Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

En cuanto a su **desarrollo legislativo**, en España, las Juntas de Defensa pueden considerarse el antecedente del sindicalismo militar, en las primeras décadas del siglo XX. La aparición y desarrollo de este movimiento precedió al de los funcionarios civiles, que organizaron sus actividades reivindicativas a imagen del movimiento juntero. En la Segunda República se prohibió la sindicación a los militares, prohibición que continuó en el período posterior de sindicatos verticales.

En el ambiente de la transición política, el Real Decreto-Ley 10/1977 de 8 febrero, vino a poner coto a posibles aperturas en este sentido y prohibió expresamente la sindicación a los militares en los términos mas amplios (creación, afiliación, colaboración o cualquier otra forma de participación), como una de las medidas necesarias para desvincular a las Fuerzas Armadas de la política o de los movimientos reivindicativos, para conseguir mejor su estricta neutralidad y dedicación a sus misiones constitucionales, en apoyo del naciente sistema político democrático. Criterio parecido al sostenido por las Reales Ordenanzas (Artículo 181 y 182 ROFAS)¹⁰³².

¹⁰³² Artículo 181 ROFAS: "Los miembros de las fuerzas armadas, por cuyos intereses vela el estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa. Tampoco podrán condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de

En uso de la habilitación constitucional del Artículo 28.1 CE (“La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho”), el legislador optó por el criterio más restrictivo y radical, la prohibición absoluta de sindicación para los militares; el caso que es único, ya que el colectivo más próximo en este sentido, que es el de los jueces, magistrados y fiscales, aunque también tienen prohibida la sindicación, tienen constitucionalmente admitida la asociación profesional a regular por ley (Artículo 127 CE)¹⁰³³. Así, entendemos que la prohibición de sindicación es absoluta, en tanto que la de asociarse es solo en función de la finalidad, ya que está permitida cualquiera que no sea reivindicativa. Se prohíbe igualmente el recurso a cualquier forma directa o indirecta de huelga, así como a cualquier condición interesada para el cumplimiento de sus deberes. Por otra parte, la opción del legislador está convenientemente reforzada por la ley disciplinaria militar¹⁰³⁴.

Ley Orgánica 11/1985 LOLS mantiene literalmente la excepción de los Artículos 28.1 y 127.1 CE, por lo que únicamente quedan exceptuados del ejercicio del derecho los miembros de las fuerzas e institutos armados de carácter militar, así como los jueces, magistrados y fiscales, mientras se hallen en activo¹⁰³⁵.

A continuación, citaremos algunas **posiciones doctrinales** significativas relacionadas con el ejercicio del derecho a sindicarse en las Fuerzas Armadas.

sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga...”.

Artículo 182 ROFAS: “Cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional será respetada por los componentes de los ejércitos. El militar deberá mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales, no tolerando aquellas que se refieran al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales, dentro de los recintos militares, no podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas”.

¹⁰³³ Véase Artículos 180 y 181 Ley 85/1978 ROFAS y Artículo 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985 de 2 agosto, de Libertad sindical, así como la STC 101/1991 de 13 mayo (ejercicio de la actividad sindical en el interior de los establecimientos militares).

¹⁰³⁴ Artículo 8 LORDFAS: “Son faltas graves: [...] 34. Sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida, estar afiliado a alguna organización política o sindical, asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical, ejercer cargos de carácter político o sindical o aceptar candidaturas para ellos con las excepciones establecidas por las leyes...”.

¹⁰³⁵ Artículo 1 LOLS: “[...]3. Quedan exceptuados del ejercicio de este derecho los miembros de las fuerzas armadas y de los institutos armados de carácter militar. 4. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 127.1 de la constitución, los jueces, magistrados y fiscales no podrán pertenecer a sindicato alguno mientras se hallen en activo”.

Según Casado Burbano¹⁰³⁶ el derecho de sindicación suele tratarse junto con el de asociación por entenderse que aquel es una variante de este singularizada por su finalidad reivindicativa, laboral, profesional o de clase. Así se comprende que el legislador haya visto con recelo el ejercicio de este derecho o libertad colectiva por parte del militar profesional; por la incidencia que puede tener tanto en la esfera política, en razón de la neutralidad; como en la profesional, en razón de la posible afectación de la disponibilidad permanente para el servicio. Por esto, el criterio discriminador para admitir el asociacionismo militar, suele ser su incidencia en el servicio o en el menoscabo del cumplimiento de las obligaciones profesionales; por lo que se admite el asociacionismo de carácter científico, deportivo, religioso, social o cultural, ya que si la pertenencia del militar profesional a partidos políticos está proscrita, mayores dificultades plantearán su afiliación a sindicatos. Para comprenderlo basta considerar las peculiaridades del asociacionismo sindical, caracterizado por la lucha por mejorar las condiciones de trabajo y económicas de sus afiliados, para lo que emplea procedimientos de conflicto colectivo, en una gradación que va desde la negociación colectiva hasta la huelga, pasando por las movilizaciones, y todo ello apoyado en una organización sólida, una disciplina rígida y un espíritu combativo, además de que pueden estar vinculados a determinados partidos políticos. Elementos todos que dificultan la compatibilidad entre la militancia sindical y las responsabilidades profesionales del militar.

En opinión de López Benítez¹⁰³⁷, en la radical opción del legislador por la exclusión del derecho de sindicación, pueden haber pesado razones históricas, como la experiencia de las Juntas de Defensa. Asimismo, la prohibición intenta preservar la neutralidad política de las Fuerzas Armadas, cuya necesidad se deduce de la interpretación conjunta del Artículo 8.1 CE y el 103.3 CE, entendiéndolo así el legislador como medio necesario para el mejor servicio de los intereses generales encomendados, por lo que ha hecho incompatible la libertad sindical con el deber de neutralidad de las Fuerzas Armadas, cuyo incumplimiento puede dar lugar a sanciones disciplinarias y también penales.

¹⁰³⁶ CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. pp.146-149.

¹⁰³⁷ LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 501-503.

Peñarrubia Iza¹⁰³⁸ coincide con Parada Vázquez en que el motivo tradicional para restringir la libertad sindical de los funcionarios ha sido la preservación de la jerarquía y la disciplina.

Fernández Segado¹⁰³⁹ incide en los aspectos comparados y recuerda que la libertad de sindicación no es sino una manifestación concreta del más genérico derecho de asociación y en este sentido la contempla el CEDH en su Artículo 11, admitiendo que se restrinja legalmente el ejercicio de tales derechos a los miembros de las Fuerzas Armadas, entre otros¹⁰⁴⁰.

En síntesis, para la libertad de sindicación se admite la legitimidad del establecimiento de restricciones para su ejercicio por los militares, que solo podrán concretarse por el legislador. No obstante, la legitimidad de la restricción deberá reunir dos condiciones, que sea imprescindible y que supere el examen de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin pretendido.

El legislador puede modular el alcance (limitar o exceptuar) del ejercicio de la libertad de sindicación para el ámbito militar, para lo que dispone de varias opciones, como son, admitirla con todas sus consecuencias en igualdad de condiciones con los ciudadanos comunes; reconocerla, modulando su ejercicio; limitarla, admitiendo las asociaciones profesionales; o simplemente, exceptuar este derecho para los militares que, para los que están en situación de servicio activo, es la opción elegida en el desarrollo posterior materializado en la Ley Orgánica 11/1985 LOLS¹⁰⁴¹.

Como es lógico, es muy escasa la jurisprudencia sobre sindicación y huelga en el ámbito militar, y la que hay está referida más bien al ejercicio de este

¹⁰³⁸ PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp.205-217.

¹⁰³⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional", *Revista de Estudios Políticos* n.º.64 (Nueva Epoca), abril-junio 1989, CEC, pp.100-101.

¹⁰⁴⁰ Artículo 11 CEDH: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado".

¹⁰⁴¹ Véase STC 273/1994 de 17 octubre FJ 4.

derecho por el personal civil, funcionario o no, que presta sus servicios en establecimientos militares¹⁰⁴².

En cuanto al derecho de **huelga**, uno de los instrumentos más radicales para la defensa de los intereses de los trabajadores, generalmente los ordenamientos prohíben su ejercicio a los militares, porque choca frontalmente con la disciplina militar ya que no es imaginable un ejército en huelga¹⁰⁴³. Las Reales Ordenanzas prohíben “recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga” (Artículo 181 ROFAS)¹⁰⁴⁴.

En la misma o parecida línea se manifiestan Blanco Valdés¹⁰⁴⁵, Jiménez Villarejo¹⁰⁴⁶ y Fernández Segado¹⁰⁴⁷.

En cuanto a la situación en otros países, varían las soluciones. En Francia e Italia está prohibida la afiliación sindical de los militares de carrera¹⁰⁴⁸. En el Reino Unido, si bien están prohibidos los sindicatos militares, se permite la adhesión a los sindicatos comunes. En los Estados Unidos no existe prohibición expresa, pero está prohibida la participación en negociaciones colectivas o con otros sindicatos o asociaciones profesionales. En Bélgica no pueden integrarse en otros sindicatos profesionales. En Holanda pueden afiliarse a sindicatos o asociaciones profesionales, sean o no militares. En Alemania existe un criterio

¹⁰⁴² Véase STC 101/1991 de 13 mayo, para el concepto de “establecimiento militar”.

¹⁰⁴³ “La incongruencia entre el desempeño de la función militar y el ejercicio del derecho de huelga es tan radical y patente que no existe infracción alguna de naturaleza disciplinaria en que se integre la conducta de los que pretendiesen promover una paralización de actividades en una unidad o establecimiento militar, por la sencilla razón de que dicha conducta difícilmente podría merecer la calificación de falta sino la de delito, pudiendo constituir, en la mayoría de los casos, un delito de sedición militar”. JIMÉNEZ VILLAREJO, J: “Principios constitucionales. Derechos fundamentales...”, cit. p.237.

¹⁰⁴⁴ En busca de una razón, Casado estima que la defensa nacional en su integridad, podría entenderse comprendida en los servicios esenciales de la comunidad que debe garantizar la ley que regule el ejercicio de este derecho. CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. p.150.

¹⁰⁴⁵ BLANCO VALDÉS, R. L: *La ordenación constitucional de la Defensa*, cit. pp.98-99.

¹⁰⁴⁶ En cuanto al ejercicio del derecho de huelga, Jiménez Villarejo estima que es tan radical y patente su incongruencia con la función militar, que ni tan siquiera existe infracción disciplinaria, ya que en la mayoría de los casos se orientaría hacia el delito de sedición. JIMÉNEZ VILLAREJO, J: “Principios constitucionales. Derechos fundamentales...”, cit. p.237.

¹⁰⁴⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “Las restricciones de los derechos de los militares ...”, cit. pp.106 y 111.

¹⁰⁴⁸ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Ministère de la défense. *Loi adopté par le Parlement le 15 mars 2005 portant statut général des militaires. Article 6: "L'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire. L'existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical ainsi que l'adhésion des militaires en activité de service à des groupements professionnels sont incompatibles avec les règles de la discipline militaire. Il appartient au chef, à tous les échelons, de veiller aux intérêts de ses subordonnés et de rendre compte, par la voie hiérarchique, de tout problème de caractère général qui parviendrait à sa connaissance".*

permisivo, porque el espíritu del *Innere Führung*¹⁰⁴⁹ implica la igualdad de los militares con los ciudadanos comunes, en cuanto al reconocimiento y ejercicio pleno de sus derechos fundamentales¹⁰⁵⁰.

En cuanto a la **evolución**, se presenta dudosa, pero parece moverse muy lentamente a favor del derecho de sindicación, por la vía de las asociaciones profesionales. En general, la doctrina se muestra en desacuerdo con lo absoluto de tal prohibición y parece moderadamente optimista en cuanto a su evolución, citando como indicio la actualización y mejora de las situaciones administrativas y considera que se está abriendo una nueva etapa del asociacionismo profesional, más próxima a una hipotética y futura sindicación de los militares.

6.2. 4. DERECHO DE PETICIÓN.

Artículo 29 CE: "1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley. 2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica".

El derecho de petición ocupa el último lugar en la Sección Primera, Capítulo Segundo, Título I CE, a modo de vía para actuar en lo no previsto en los artículos anteriores, como una especie de cláusula de cierre¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ El "*Innere Führung*" (Dirección interior) es un sistema de principios de referencia, un patrón de actuación en las Fuerzas Armadas, que se entendió necesario implantar desde la creación de la *Bundeswehr* en 1955, que deja patente la supremacía civil y está asociado a la idea de "ciudadano en uniforme". Busca ajustar el funcionamiento de las Fuerzas Armadas con los principios del estado democrático de derecho y entre sus objetivos figura la integración de las Fuerzas Armadas en el Estado y en la sociedad; la motivación y responsabilidad, fortaleciendo la disponibilidad para el servicio y la disciplina; la configuración de la vida militar mediante un ordenamiento específico conforme a la Constitución.

¹⁰⁵⁰ En Alemania, existe la Asociación de las Fuerzas Armadas Alemanas *Deutscher Bundeswehrverband (DBwV)*, creada en 1956 para la defensa de los intereses sociales y profesionales de sus miembros, a la que pueden pertenecer los militares profesionales, los temporales, soldados de reemplazo, reservistas y personal en reserva. Basta con solicitarlo y pagar las cuotas. Su presidente suele ser un militar en activo y sus estatutos están publicados en la Revista *Die Bundeswehr* (Las Fuerzas Armadas Alemanas), de enero del 2002.

No obstante, aunque en países como Alemania, Suiza, Suecia, Holanda o Dinamarca, se han dado procesos de asociacionismo y sindicación militar, Alli Turrillas considera que estos modelos no pueden trasladarse automáticamente al caso de España por tener raíces históricas y estar basados en modelos sociales y jurídico-políticos diferentes. ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit. pp. 287-292.

¹⁰⁵¹ Véase STC 242/1993 de 14 julio FJ 1.

En una primera aproximación, el derecho de petición es la facultad de dirigirse a los poderes públicos para llamar su atención o reclamar su intervención sobre hechos, situaciones o estado de cosas. Pero es algo más, porque no solo consiste en la posibilidad de dirigirse a los poderes públicos, sino también en la de ser escuchado y respondido¹⁰⁵². Puede ejercerse individual o colectivamente y presenta ciertas restricciones para los miembros de las Fuerzas o Institutos armados y los Cuerpos sometidos a disciplina militar.

Los orígenes y forma de aparición del derecho de petición son difíciles de concretar, porque está en la base de otros derechos como es la iniciativa legislativa o la petición a las Cámaras y porque adolece de una terminología confusa (queja, reclamación, solicitud), no obstante, es un derecho generalmente reconocido¹⁰⁵³.

El derecho de petición es de probable origen romano-germánico (siglos VI y VII) y ya se ejercía en la Europa del siglo XIII, dirigido a un monarca que era la instancia suprema de poder. En el extranjero, son hitos en el devenir histórico de este derecho, la aprobación de la *Petition of Right* (1628) y el *Bill of Right* (1689). En España evoluciona con matices en los reinos de Castilla, Aragón y Navarra, distinguiéndose en Castilla las peticiones orales e individuales de las colectivas y por escrito. Posteriormente, con la decadencia de las Cortes estamentales como canal idóneo para transmitir peticiones colectivas, el derecho de petición perdió importancia, aunque se continuó ejerciendo por otras vías, como los memoriales dirigidos al rey en demanda de toda clase de actuaciones y, aunque esta vía se fue esclerotizando conforme aumentaba la burocracia, aún es posible encontrar manifestaciones en el siglo XVIII, como es el caso de las Reales Ordenanzas de Carlos III (1768), formalmente vigentes hasta 1978, que en su Tratado II, Título

¹⁰⁵² En sentido genérico, “el derecho de petición consiste en la posibilidad de dirigirse a los poderes públicos y ser escuchado, y respondido por ellos”. Según BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique: “Ante el desarrollo legislativo del derecho de petición. Materiales y opiniones”, *Revista de las Cortes Generales* nº.52. Primer Cuatrimestre, 2001, p.71.

¹⁰⁵³ Sobre el origen histórico del derecho de petición, su tratamiento en las constituciones históricas españolas y en la etapa de Franco, véase HUERTAS CONTRERAS, Marcelo: “El derecho de petición en el ordenamiento constitucional español”, en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Volumen Primero*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 811-817.

También véase REBOLLO DELGADO, Lucrecio: “El derecho de petición”, *Revista de Derecho Político*, núm.53, UNED, Madrid, 2002, pp.79-87.

XVII, Artículo 1, concedía al militar la facultad de poder “llegar hasta Nos en representación de su agravio”.

Durante nuestro constitucionalismo histórico decae este derecho, como lo hace su componente graciable propio del absolutismo, en cambio, se le descubren nuevas y eficaces posibilidades como medio de intervención en la actividad política.

En la Constitución de 1812, se reconoce un derecho a “representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución” (Artículo 373), cuyo abuso motivó que se dictara un Decreto de 12 febrero 1822 para “prescribir los justos límites del derecho de petición”, prohibiendo su ejercicio a toda clase de personas jurídicas¹⁰⁵⁴. En la Constitución de 1837 se reconoce por primera vez en España el derecho de petición, así como en la de 1845 (Artículo 3). En la Constitución de 1869 (Artículo 17) alcanza una configuración que se mantiene hasta la actualidad en lo relativo a la forma de ejercicio, individual o colectiva, la amplitud de posibles destinatarios o sujetos pasivos y su carácter garantista. La Constitución de 1876 suprime la exclusividad de la forma escrita e introduce la limitación de su ejercicio a los miembros de cualquier fuerza armada (Artículo 13). El Artículo 35 de la Constitución de 1931, que mantenía la prohibición anterior, es el antecedente inmediato del actual Artículo 29 CE.

No obstante su larga trayectoria y aunque existen opiniones que ponen en duda la función y utilidad actual del derecho de petición, considerándolo como una institución condenada a desaparecer, incluso quienes subrayan su carácter

¹⁰⁵⁴ Decreto de 12 febrero 1822. Artículo 6º: “Los cuerpos o asociaciones legalmente constituidas no pueden representar como tales, ni hacer peticiones a las Cortes, al Gobierno ni a las autoridades públicas sino acerca de los objetos de su respectivo instituto”. Y respecto a los militares, el Artículo 3º señalaba que “los militares en los negocios políticos y civiles pueden usar del derecho individual de petición del mismo modo que los demás españoles, con sujeción a lo dispuesto en esta ley”. (Gazeta de 16 febrero 1822).

En un Decreto de la misma fecha (12 febrero 1822), de dos artículos, se perfilaba el ejercicio del derecho de petición por los militares. “Artículo 1º: Los militares, en sus reclamaciones e instancias sobre asuntos del servicio están sujetos a lo que previenen o en adelante previnieren las ordenanzas militares o demás ordenes vigentes. Artículo 2º: Los gefes y oficiales de cualquiera clase que con la fuerza de su mando apoyaran peticiones hechas por medios violentos, de motines, tumultos o asonadas, bien sea uniéndosele o negándose a prestar a la autoridad competente el auxilio que reclamare, serán depuestos de sus empleos, previa formación de causa, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 71 del decreto de las Cortes de 9 de junio de 1821”. (Gazeta de 19 febrero 1822).

residual reconocen su utilidad en el ámbito discrecional de los poderes públicos¹⁰⁵⁵.

El derecho de petición suele encontrarse en las constituciones de los Estados de nuestro entorno, salvo en Francia, y en la normativa de la Unión Europea es un instrumento de gran interés para acercarse a las Instituciones Comunitarias¹⁰⁵⁶.

El actual Artículo 29 CE fue el derecho fundamental que sufrió menos enmiendas y uno de los menos debatidos de todo el proceso constituyente, no obstante, hubo cierto debate sobre el apartado segundo, ya que inicialmente se prohibía absolutamente el ejercicio de este derecho a los miembros de las Fuerzas Armadas¹⁰⁵⁷.

El precedente preconstitucional está en la Ley 92/1960 de 22 de diciembre, reguladora del derecho de petición, que se mantuvo vigente en todo lo que no era contrario a la CE hasta finales del año 2001 en que, tras algunas iniciativas que no prosperaron, entró en vigor la Ley Orgánica 4/2001 de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición (LODP), que derogó la anterior. Para el ámbito militar, la Ley 92/1960 se desarrolló por Decreto 93/1962 de 18 enero por

¹⁰⁵⁵ Montilla Martos, considera que el derecho de petición “tiene un carácter residual que encaja mal en la concepción de los derechos en el Estado constitucional regidos por la idea de que los ciudadanos son titulares de unos derechos públicos subjetivos que los poderes públicos deben respetar”, pero no obstante le reconoce su utilidad para solicitar a los poderes públicos cosas a las que legalmente no se tiene derecho. MONTILLA MARTOS, José Antonio: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, Maria Luisa; Montilla Martos, Jose Antonio. Tecnos (2ª edición), Madrid, 2007, pp. 245-246.

En defensa del importante papel que cumple el derecho de petición, sobre su historia, origen y evolución, véase GARCÍA CUADRADO, Antonio: “El derecho de petición”, *Revista de Derecho Político*, núm. 32, UNED, Madrid, 1991, pp.168-169.

En una posición ecuaníme, pretendiendo que el contenido de este derecho “es el que es” y tiene su utilidad y cubre sus finalidades, además de la ventaja para su ejercicio que supone la sencillez y los titulares potenciales, véase BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: “Ante el desarrollo legislativo del derecho de petición...”, cit. p. 68.

Huertas Contreras sostenía que “con la Constitución en la mano (y ya, también con la interpretación jurisprudencial), no puede decirse que sea un derecho *vacío o inofensivo*, sino que se trata de un derecho pleno, ejercitable”. HUERTAS CONTRERAS, M.: “El derecho de petición...”, cit. p.834.

¹⁰⁵⁶ Véanse Artículos 17 a 22 y 194 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Declaración relativa al párrafo tercero del Artículo 21 del TCE en el Tratado de Niza y en el Artículo 8.2 del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

¹⁰⁵⁷ Como causas posibles de esta falta de debate, se ha argumentado la evidencia del contenido del derecho de petición como heredero de una extensa tradición histórica y su carácter residual, en cuanto que presenta pocas consecuencias hacia el poder público, si bien esto se contradice con su ubicación en el Texto de 1978 (Sección 1ª, Capítulo II, Título I), lo que además supone un

el que se regulaba el ejercicio del derecho de petición por los miembros de las Fuerzas e Institutos armados¹⁰⁵⁸.

La discusión sobre su **naturaleza jurídica** se remonta a los días de la Revolución Francesa y está asociada a la determinación de quienes están legitimados para ejercer el derecho de petición; porque si lo ejercen solamente los ciudadanos se trataría de un derecho de participación política; pero si está al alcance de cualquiera, incluidos extranjeros, se trataría de un derecho de queja, de petición individual, encuadrable en un concepto genérico de libertad. Presenta dos facetas o modalidades, la petición individual para fines personales y la colectiva o de interés general, de la que el peticionario solo es una parte. Actualmente se configura como un derecho público subjetivo, pero si desde el punto de vista de la primera modalidad, cabe calificar al derecho de petición como libertad de la persona, como concreción de la libertad de expresión para atender a los intereses particulares del ciudadano frente a la Administración; desde la segunda modalidad citada sería una manifestación del derecho de los ciudadanos a la participación política, al margen de otros cauces como los partidos políticos. La solución intermedia, es la de calificar el derecho de petición como de naturaleza mixta. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado la naturaleza híbrida o carácter mixto del derecho de petición, que “tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana, [...], y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar...”¹⁰⁵⁹. En cualquier caso, el reconocimiento constitucional del derecho de petición únicamente a los nacionales (“todos los españoles”) implica la decantación por la participación política¹⁰⁶⁰.

El derecho de petición, como mecanismo para que la ciudadanía participe en el funcionamiento del poder público, también sirve a la Administración para pulsar su propio funcionamiento y detectar posibles vacíos legales.

cierto agravio comparativo respecto a otros derechos, como por ejemplo, el derecho a la vida. Véase REBOLLO DELGADO, L.: “El derecho de petición”, cit. pp. 88-89.

¹⁰⁵⁸ En su Artículo primero, el Decreto disponía: “El ejercicio del derecho de petición por los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados habrá de someterse a las normas peculiares que establece la presente disposición, siempre que sus peticiones estén en el ámbito de la Ley reguladora y se refieran a materia de la competencia de los Ministerios o Autoridades militares, o que de algún modo afecte a estos o a los Ejércitos. Fuera de los casos antedichos, las peticiones de este personal se atenderán únicamente a las prescripciones de la Ley reguladora”. (BOE nº. 29 de 2 febrero).

¹⁰⁵⁹ STC 242/1993 de 14 julio, FJ 1.

¹⁰⁶⁰ Véase GARCÍA CUADRADO, A.: “El derecho de petición”, cit. pp.145 -148.

El **contenido** de las peticiones puede ser una sugerencia, una iniciativa, una información o la expresión de quejas o súplicas, pudiendo estar referido a cualquier asunto de interés general, colectivo o particular. No obstante esta amplitud, tiene carácter supletorio respecto a los procedimientos formales específicos, es decir, que está limitado a aquello que no deba ser objeto de un procedimiento especialmente regulado, por lo que el ámbito natural del derecho de petición es el de lo estrictamente discrecional o graciable. Los aspectos formales del ejercicio deben caracterizarse por su sencillez y antiformalismo y, aunque se ejercita siempre por escrito, se permite la utilización de cualquier medio siempre que resulte acreditada la declaración de voluntad. Los destinatarios públicos de las peticiones tienen obligación de acusar recibo y tramitarlas y contestarlas adecuadamente, lo que constituye el desarrollo del contenido esencial de este derecho¹⁰⁶¹.

El elemento que distingue el derecho de petición de otros conceptos como la acción judicial, la reclamación, el recurso, la solicitud, la denuncia o la queja ante el Defensor del Pueblo, es el reconocimiento para estos de un procedimiento específico en el ordenamiento jurídico¹⁰⁶².

El derecho de petición puede entenderse desde una **concepción** amplia, como derecho que permite dirigir cualquier tipo de peticiones a los poderes públicos; o desde un punto de vista estricto, según el cual, el derecho de petición es una vía más para pedir la acción de los poderes públicos, que se caracteriza por su supletoriedad respecto de otros procedimientos petitorios. La Ley Orgánica 4/2001 se ha concebido desde esta segunda concepción restringida y supletoria o residual respecto a otras vías para ejercer la acción de pedir a los poderes públicos¹⁰⁶³. La Ley reconoce el carácter residual de este derecho respecto a

¹⁰⁶¹ Véase la Exposición de Motivos de la LO 4/2001 Derecho de Petición.

¹⁰⁶² Para la delimitación entre petición y otros conceptos (acción, reclamación o recurso, solicitud, denuncia, queja) véase REBOLLO DELGADO, L.: "El derecho de petición", cit. pp. 95-100. También BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: "Ante el desarrollo legislativo del derecho de petición....", cit. pp.73-74. Belda considera que no tiene sentido distinguir entre petición y queja cuando no exista en esta un interés político, porque la petición "es una llamada a los poderes públicos" que canaliza reivindicaciones que no pueden ejercerse mediante el ejercicio de otros derechos.

¹⁰⁶³ Artículo 3 LODP. Objeto de las peticiones. "Las peticiones podrán versar sobre cualquier asunto o materia comprendido en el ámbito de competencias del destinatario, con independencia de que afecten exclusivamente al peticionario o sean de interés colectivo o general. No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley".

otros instrumentos de relación entre los ciudadanos y el poder público, lo que no equivale a su consideración como un derecho menor, ya que está totalmente de actualidad como instrumento de participación de los ciudadanos y de sus agrupaciones en los asuntos públicos¹⁰⁶⁴.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones y confirma la concepción estricta de este derecho¹⁰⁶⁵.

Por otra parte, cabe distinguir entre peticiones generales y específicas. Las primeras se rigen por la normativa general del derecho de petición. Las peticiones específicas se pueden subclasificar en función de los órganos receptores de las peticiones (Cámaras parlamentarias o Defensor del Pueblo), los peticionarios (militares, presos) o incluso los contenidos¹⁰⁶⁶.

Artículo 8 LODP. Inadmisión de peticiones. “No se admitirán las peticiones cuyo objeto sea ajeno a las atribuciones de los poderes públicos, instituciones u organismos a que se dirijan, así como aquéllas cuya resolución deba ampararse en un título específico distinto al establecido en esta Ley que deba ser objeto de un procedimiento parlamentario, administrativo o de un proceso judicial. Tampoco se admitirán aquellas peticiones sobre cuyo objeto exista un procedimiento parlamentario, administrativo o un proceso judicial ya iniciado, en tanto sobre los mismos no haya recaído acuerdo o resolución firme”.

¹⁰⁶⁴ Sobre la titularidad del derecho, sus regímenes especiales, objeto, contenido subjetivo y destinatarios del derecho de petición, puede verse FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: “Comentario a la Ley 4/2001 reguladora del derecho de petición”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 65, Año 22, mayo-agosto 2002, CEPC, Madrid.

¹⁰⁶⁵ Véase STC 161/1988 de 20 septiembre FJ 5 en sentido positivo y negativo: “El art. 29.1 de la Constitución, al establecer que «todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determina la ley», reconoce un derecho *uti cives* del que disfrutaban por igual todos los españoles, en su condición de tales, que les permite dirigir, con arreglo a la Ley a que se remite la Constitución, peticiones a los poderes públicos, solicitando gracia o expresando súplicas o quejas, sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado”.

STC 242/1993, de 14 julio FJ 1: “La petición en que consiste el derecho en cuestión tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana, aun cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar. Concepto residual, pero no residuo histórico, cumple una función reconocida constitucionalmente, para individualizar la cual quizá sea más expresiva una delimitación negativa. En tal aspecto excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido, incluso mediante la acción popular en el proceso penal o la acción pública en el contencioso-contable o en el ámbito del urbanismo. La petición en el sentido estricto que aquí interesa no es una reclamación en la vía administrativa, ni una demanda o un recurso en la judicial, como tampoco una denuncia, [...]. La petición, en suma, vista ahora desde su anverso, puede incorporar una sugerencia o una información, una iniciativa, «expresando súplicas o quejas», pero en cualquier caso ha de referirse a decisiones discrecionales o graciabiles (STC 161/1988), sirviendo a veces para poner en marcha ciertas actuaciones institucionales, como la del Defensor del Pueblo o el recurso de inconstitucionalidad de las Leyes [arts. 54 y 161.1 a) C.E.], sin cauce propio jurisdiccional o administrativo, por no incorporar una exigencia vinculante para el destinatario”.

¹⁰⁶⁶ Sobre los requisitos procedimentales para el ejercicio del derecho de petición, puede verse REBOLLO DELGADO, L.: “El derecho de petición”, cit. pp.106 -110.

En cuanto a los **titulares** del derecho, el Artículo 29.1 CE reserva su ejercicio a los españoles, si bien la vigente Ley Orgánica 4/2001, en su Artículo 1 atribuye la titularidad del derecho de petición a “toda persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad”, que puede ejercerlo individual o colectivamente.

La LODP se ajusta a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en diversas sentencias y autos, en especial a la sentencia 242/1993 de 14 julio, que extiende la titularidad del derecho de petición a cualquier persona natural o jurídica prescindiendo de su nacionalidad, como cauce de expresión en defensa de los intereses legítimos y como participación ciudadana en las tareas públicas, pudiendo ejercerse tanto individual como colectivamente. Mantiene la limitación para los miembros de las Fuerzas o Institutos armados, o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar, en los mismos términos que el Artículo 29 CE¹⁰⁶⁷. Perfila contenidos del derecho de petición, introduciendo la salvaguardia del peticionario por razón del ejercicio del derecho, salvo cuando incurra en delito o falta en ocasión de este ejercicio. Pueden ser sujetos pasivos o destinatarios de la petición cualesquiera poderes públicos o autoridades.

Solo padecen limitaciones en el ejercicio del derecho de petición los militares o miembros de cuerpos sometidos a disciplina militar, aunque la prohibición se ciñe a los aspectos relacionados con la condición o ejercicio profesional y no a las peticiones que pudieran ejercerse desde su condición estricta de ciudadanos¹⁰⁶⁸.

En cuanto al **ámbito** de acción del derecho de petición, parece claro que por esta vía no se puede pretender una actuación ilegal de los órganos jurisdiccionales o administrativos, por lo que la petición solo puede prosperar en las áreas en las que los poderes públicos tienen capacidad discrecional. En esta línea, lo lógico es pedir algo que no se puede obtener por las vías o

¹⁰⁶⁷ Artículo 1 LODP. Titulares del derecho de petición: “1.Toda persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, puede ejercer el derecho de petición, individual o colectivamente, en los términos y con los efectos establecidos por la presente Ley y sin que de su ejercicio pueda derivarse perjuicio alguno para el peticionario. No obstante no resultarán exentos de responsabilidad quienes con ocasión del ejercicio del derecho de petición incurriesen en delito o falta. 2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados, o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar, solo podrán ejercer este derecho individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica”.

¹⁰⁶⁸ Véase el ya citado artículo 1 del Decreto 93/1962 de 18 enero (BOE nº. 29 de 2 febrero).

procedimientos existentes; es decir, se trata de conseguir algo a lo que no se tiene derecho pero cuya concesión entra dentro del margen discrecional del poder u órgano a quien se dirige.

En este punto, es necesario observar el **desarrollo legislativo** del derecho de petición.

El Anteproyecto de la CE excluía totalmente a los militares del ejercicio de este derecho y se llegó a la actual redacción del Artículo 29 CE en la fase de enmiendas, que establece que solo se podrá ejercer el derecho de petición individualmente y de acuerdo con su legislación específica.

Se encuentran normas restrictivas y reguladoras del derecho de petición de los militares en la legislación básica del estatuto militar, como legislación específica a que alude el Artículo 29.1 CE, es decir, las Reales Ordenanzas, las leyes disciplinaria y penal, así como en la de personal y carrera militar.

En el Tratado Tercero (de los deberes y derechos) de las Reales Ordenanzas, Título V (de los deberes y derechos del militar), epígrafe “De los recursos y peticiones”, se incluye lo relativo al derecho de petición (Artículos 199 a 205 ROFAS)¹⁰⁶⁹.

El Artículo 199 ROFAS¹⁰⁷⁰ se limita a reconocer el derecho al ejercicio del derecho de petición con la limitación de su ejercicio individual y “las formalidades que prevenga la Ley”. Su tenor literal sugiere un concepto residual y restrictivo respecto al tratamiento común (“solo podrá ejercer”).

El Artículo 200 ROFAS recoge la posibilidad de interponer recurso por vía administrativa o judicial, contra resoluciones que le afecten y que considere contrarias a derecho.

El Artículo 201 ROFAS¹⁰⁷¹, heredado de las anteriores Ordenanzas, permite a todo militar promover recurso y “llegar hasta el Rey en representación de su agravio”, si bien la Disposición Adicional Segunda LO 8/1998 LORDFAS se

¹⁰⁶⁹ Una vez más, conviene recordar las especiales circunstancias y paralelismo temporal de la elaboración de la Ley 85/1978 de 28 diciembre (ROFAS), con el proceso constituyente. En virtud de la Disposición derogatoria única (Derogaciones y vigencias) y la Disposición transitoria duodécima (Adecuación de rango normativo), ambas de la Ley 39/2007 LCM, los Artículos 199 al 205 ROFAS tienen actualmente rango de real decreto.

¹⁰⁷⁰ Artículo 199 ROFAS: “El militar solo podrá ejercer el derecho de petición individualmente, en los casos y con las formalidades que prevenga la Ley”.

encarga de limitar este recurso, señalando que “no podrá ser utilizado para las reclamaciones que tengan su origen en esta Ley, que deberán ajustarse a lo preceptuado en la misma”; en todo caso, la palabra “recurso” no está empleada aquí en su sentido técnico, puesto que sugiere una petición graciable, por lo que mas bien se correspondería con el derecho de petición y no con un mecanismo para revocar decisiones tomadas en instancias inferiores¹⁰⁷². No obstante, este recurso ha perdido efectividad porque las necesidades que cubría como, por ejemplo, los recursos por falta leve del Artículo 1007¹⁰⁷³ del Código Justicia Militar (1945), ahora están satisfechas por el régimen de recursos establecido por la LRDFAS, que para mayor acotamiento señala que “el recurso regulado en el artículo 201 de la Ley 85/1978 [...], no podrá ser utilizado para las reclamaciones que tengan su origen en esta Ley, que deberán ajustarse a lo preceptuado en la misma”¹⁰⁷⁴.

El Artículo 202 ROFAS¹⁰⁷⁵ permite a todo militar acudir a un superior, sin seguir el conducto reglamentario, “para exponer sus preocupaciones y recabar su

¹⁰⁷¹ Artículo 201 ROFAS: “El militar que se sintiese agraviado podrá promover recurso, haciéndolo por sus jefes y con un buen modo, y cuando no lograse de ellos la satisfacción a que se considere acreedor, podrá llegar hasta el rey con la representación de su agravio”.

¹⁰⁷² El “llegar hasta el Rey con la representación de su agravio” del Artículo 201 ROFAS, parece un residuo de la libre disposición del Ejército por el monarca absoluto, del que es posible encontrar alguna manifestación como la Real Orden de 15 enero 1914, por la que el Rey materializaba su derecho a mantener comunicación directa, personal y recíproca con cualquier oficial, sin necesidad de recurrir al conducto reglamentario. Su precedente histórico está en las Reales Ordenanzas de Carlos III (Artículo 1, Título XVII, Tratado II).

Para atender las posibilidades que ofrecía el “recurso ante Nos” de las Reales Ordenanzas, se creó la oficina del derecho de petición (OFIDEPE) en el Cuarto Militar de la Casa de S.M. el Rey, según lo previsto en el Real Decreto 310/1979 de Reorganización de la Casa de S.M. (Artículo 5,3º). Durante los siete primeros años de monarquía, el Cuarto Militar recibió 8426 peticiones, de las que 247 se resolvieron positivamente, 4426 fueron de carácter informativo y 3040 no eran materia susceptible de derecho de petición. Entre ellas destacan las presentadas bajo todas las formas de “recursos de agravio”. No obstante, la consolidación de las garantías administrativas y judiciales ha ido vaciando de contenido este recurso. Véase en VIGIER GARCÍA, Luis Fernando: “El derecho de petición: Algo más que un derecho inofensivo”, *Revista Española de Derecho Militar* nº 55, enero-junio 1990, pp.151-158.

¹⁰⁷³ Artículo 1007 CJM: “Las faltas leves cometidas por militares serán corregidas directamente previo el oportuno esclarecimiento por los Jefes respectivos, con arreglo a sus facultades. Los corregidos, si se consideran ofendidos, y sin perjuicio de que comiencen a cumplir el correctivo, podrán acudir directamente en queja con la representación de su agravio al Jefe Superior inmediato del que impuso la sanción, y si no obtuvieren de este la satisfacción a que se juzguen acreedores, podrán llegar en orden sucesivo hasta el Jefe del Estado por medio del Ministerio de que dependan”.

¹⁰⁷⁴ LRDFAS. Disposición adicional segunda.

¹⁰⁷⁵ Artículo 202 ROFAS: “Las exigencias del conducto reglamentario no excluyen que todo militar, para exponer sus preocupaciones y recabar su consejo en asuntos no específicos del servicio, pueda acudir a un superior en la cadena de mando, aunque no sea el inmediato a quien en todo caso informara, por cortesía, de su intención”.

consejo en asuntos no específicos del servicio”. Según esta puntualización, los asuntos no pueden ser mas que ajenos al servicio, es decir, personales o “preocupaciones”, por lo que no se comprende la necesidad de plasmar esta posibilidad en una norma como las ROFAS y menos la imposición de informar a su superior inmediato “por cortesía”, puesto que si pertenece al ámbito privado en este debe quedar. Así, en asuntos no específicos del servicio se puede obviar el conducto reglamentario, pero realmente no cabe incluirlos en la esfera del derecho de petición, que persigue una decisión o actividad graciable, pero no “un consejo” del destinatario.

El Artículo 203 ROFAS¹⁰⁷⁶ permite a cualquier militar formular propuestas a sus superiores, individualmente y por conducto reglamentario; no obstante, contempla la posibilidad de que el más caracterizado, si es autorizado, recoja y exponga el parecer de sus compañeros, sin que esto suponga permisividad alguna respecto a la presentación de reclamaciones o peticiones colectivas, correspondiéndose así con la previsión del texto constitucional, es decir, elaboración colectiva y presentación individual, pues parece que es imprescindible tener siempre a la vista una persona física responsable¹⁰⁷⁷.

El Artículo 204 ROFAS¹⁰⁷⁸ recuerda al jefe su obligación de resolver o tramitar los recursos, peticiones o partes que reciba; en realidad es una cláusula de seguridad a favor del recurrente y contra el silencio administrativo, muy en línea con lo prescrito en los Artículos 7 al 11 LODP.

El Artículo 205 ROFAS¹⁰⁷⁹ se plantea un tanto enigmático; por una parte parece una reiteración del 202, aunque aquel se refiere a una persona física y este a un “órgano superior”; por otra, parece una excepción a la obligación de seguir el conducto reglamentario, cuando se trate de asuntos de interés social y

¹⁰⁷⁶ Artículo 203 ROFAS: “Cualquier militar podrá dirigir propuestas a sus superiores haciéndolo individualmente y por conducto regular. Cuando sea autorizado para ello podrá recabar el parecer de sus compañeros para la consideración de posibles sugerencias, que habrán de ser presentadas por el mas caracterizado. No se podrá solicitar ni conceder autorización para presentar reclamaciones o peticiones colectivas”.

¹⁰⁷⁷ Afirmando la constitucionalidad del Artículo 203 ROFAS, véase ATC 375/1983 de 30 julio FJ 2: “...ha de entenderse conforme a la Constitución el contenido del art. 203 de las RR.OO...”.

¹⁰⁷⁸ Artículo 204 ROFAS: “Todo jefe deberá recibir y tramitar con el informe que proceda, o resolver en su caso los recursos, peticiones o partes formulados por un subordinado en el ejercicio de sus derechos”.

¹⁰⁷⁹ Artículo 205 ROFAS: “El militar profesional podrá dirigirse al órgano superior encargado de la gestión y coordinación de los asuntos sociales y de personal de las fuerzas armadas para plantear

de personal, aunque este último campo está limitadísimo (por no decir vacío) ya que no puede tocar por relación directa, la justicia, disciplina, orgánica, medios de equipo y material, ni la instrucción o formación militar¹⁰⁸⁰. Por otra parte, el Artículo 205 ROFAS acota una clase de asuntos y los asigna a un determinado organismo, pero esto es superfluo, pues el destinatario de la petición tiene la obligación de decidir sobre su competencia y obrar en consecuencia a favor de la realización efectiva del derecho de petición¹⁰⁸¹. Lo que se percibe es una cierta tendencia a evitar que los asuntos escapen al ámbito de decisión militar o su esfera administrativa.

De la observación en conjunto de estos siete artículos, se deducen tres planos materiales o de contenido de las peticiones: los asuntos directamente relacionados con la justicia y disciplina, con la orgánica y medios de equipo y material, así como con la instrucción y disciplina, que no pueden ser materia de ejercicio del derecho de petición; el resto de los asuntos profesionales, una vez excluidos los anteriores, sobre los que sí podrán dirigirse peticiones “al órgano superior encargado de la gestión y coordinación de los asuntos sociales y de personal de la Fuerzas Armadas”; otros asuntos no relacionados con la profesión, sobre los que sí podrá ejercerse el derecho tanto individual como colectivamente.

Se observan limitaciones en razón de la materia y en razón del sujeto o destinatario. Para el militar, cualquier materia puede ser objeto de derecho de petición siempre que se ejerza individualmente, excluidas “aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado” en la LO 4/2001.

En cualquier caso, desde el punto de vista del sujeto, son relevantes para el ejercicio del derecho de petición los Artículos 199, 201 y 203 ROFAS; desde el punto de vista del destinatario, el Artículo 204; el Artículo 200 se refiere a los recursos en vía administrativa o judicial que no son materia del derecho de petición; los dos restantes artículos (202 y 205) son un cuerpo extraño e

asuntos referidos a su profesión, siempre que no estén directamente relacionados con la justicia y disciplina, con la orgánica y medios de equipo y material ni con la instrucción y formación militar”.

¹⁰⁸⁰ ¿Qué asuntos de personal no están relacionados con la profesión?, prácticamente todos los relacionados estarán regulados de alguna manera en leyes o reglamentos y, por tanto, en esos no juega el derecho de petición. ¿Qué resta entonces?, pues parece que el margen discrecional, las peticiones graciabiles, que es a lo que parece referirse este Artículo 205.

¹⁰⁸¹ Véase LO 4/2001. Artículo 10. Decisiones sobre competencia.

irrelevante en el texto de las ROFAS, en cuanto a la regulación actual del derecho de petición.

La Ley 17/1999 LRPFAS, aún sin carácter de orgánica, trataba algunos aspectos relativos al derecho de petición¹⁰⁸². El Artículo 160 LRPFAS reproduce prácticamente el tenor del citado 199 ROFAS, si bien en tono más positivo al suprimir el “solo” del texto de este último artículo. En su Artículo 151 LRPFAS¹⁰⁸³ introduce la figura de los Consejos Asesores de Personal, que cabría relacionar con ese “órgano superior encargado de la gestión” a que se refiere el Artículo 205 ROFAS, si bien está claro que estos Consejos carecen de capacidad para resolver, ya que sus competencias legales se marcan en “analizar y valorar las propuestas o sugerencias”; por lo que, aunque el militar profesional se dirija directamente a ellos, siempre será una vía marginal al derecho de petición, tanto mas cuanto que el mismo artículo lo excluye de este junto a los recursos, quejas y recurso al Defensor del Pueblo (Artículos 159 a 162 LRPFAS).

La ley disciplinaria (Artículos 7 y 8 LORDFAS)¹⁰⁸⁴ establece las sanciones que corresponden a la infracción de las limitaciones establecidas para el ejercicio del derecho de petición, tanto para las causadas por el sujeto activo como por el responsable del órgano receptor; pues si se sanciona el ejercicio en forma o términos irrespetuosos, saltando el conducto reglamentario o, con matices agravados, por razón de indisciplina, falsedad, publicidad de medios o formulación colectiva; también se sanciona en las modalidades leve y agravada a quienes

¹⁰⁸² En virtud de la Disposición derogatoria única (Derogaciones y vigencias) de la LCM, continúan en vigor los Artículos 160 (Derecho de petición), 161 (quejas) y 162 (Defensor del Pueblo) LRPFAS.

¹⁰⁸³ Artículo 151 LRPFAS. Consejos Asesores de Personal : “1. En el ámbito del Mando o Jefatura de Personal de cada Ejército existirá un Consejo Asesor en materia de personal para analizar y valorar las propuestas o sugerencias planteadas por los militares profesionales referidas al régimen de personal y a la condición de militar. En el ámbito de la Dirección General de Personal de la Subsecretaría de Defensa existirá un Consejo Asesor, formado por personal de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas. 2. El militar profesional podrá dirigirse directamente al Consejo Asesor de Personal de su Ejército respectivo, para plantear las propuestas a las que se refiere el apartado anterior. Quedan excluidas de esta vía las peticiones, quejas y recursos regulados en el capítulo V de este Título”.

¹⁰⁸⁴ Artículo 7 LORDFAS: “Son faltas leves: [...]14. Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados. 15. La inexactitud o descuido en la tramitación reglamentaria de las reclamaciones o peticiones formuladas por subordinados”. Artículo 8 LORDFAS: “Son faltas graves: [...]17. Impedir, dificultar o limitar a otro militar el libre ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos, cuando no constituya delito, así como interceptar o devolver a su origen, sin darles el debido curso reglamentario, las reclamaciones o peticiones formuladas por subordinados. 18. Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones

descuiden u obstaculicen de algún modo el curso reglamentario de la petición. No obstante, la vigente ley disciplinaria ha suavizado la regulación de su predecesora LO 12/1985 (Artículo 9.15) en cuanto a las sanciones por falta grave relativas al derecho de petición.

El Código Penal Militar (Artículo 92 CPM)¹⁰⁸⁵ asocia el uso indebido del derecho de petición con el delito de sedición, como tipo agravado, cuando la petición se planteara en tumulto, con las armas en la mano o con publicidad, por cuatro o más peticionarios, pudiendo corregirse en vía disciplinaria los demás casos según la trascendencia.

A continuación, se extractan algunas **posiciones doctrinales** significativas relacionadas con el ejercicio del derecho de petición en las Fuerzas Armadas.

Casado Burbano¹⁰⁸⁶ entiende el derecho de petición como “la facultad de presentar o dirigir todo tipo de solicitudes o reclamaciones, cualquiera que sea su denominación, a las autoridades o a los órganos de representación popular” y considera excluidas de su ámbito figuras que están ya regladas, aunque se asemejen en algunos aspectos, como las solicitudes de información, comunicaciones o recursos en vía judicial o administrativa. Siendo un derecho generalmente reconocido en democracia, su ejercicio puede estar condicionado a ciertas formalidades que, en el caso de los militares, están fundadas en la salvaguardia de la disciplina y en el efecto intimidatorio que puede ejercer una petición hecha por militares colectivamente. En prevención de este doble efecto del ejercicio colectivo, se impone su ejercicio individual y conforme a la legislación específica y conducto regular, técnica que se emplea también en el ámbito comparado. También estima que la peculiar vía de reclamación que configura el Artículo 201 ROFAS cumple los fines característicos del derecho de petición, aunque su ámbito se ha reducido al excluir de él las sanciones disciplinarias.

contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo”.

¹⁰⁸⁵ Artículo 92 CPM: “Se considerarán también reos de sedición militar los militares que, en número de cuatro o más, hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto, con las armas en la mano o con publicidad. En tales casos, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años a los meros ejecutores y la de dos a ocho años a los promotores, al cabecilla y a los oficiales y suboficiales que intervinieren. Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio serán castigadas con la pena de tres meses y un día a un año de prisión; sin embargo podrán corregirse en vía disciplinaria, si la trascendencia fuera mínima”.

¹⁰⁸⁶ CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. pp.137-139.

Guaita Martorell¹⁰⁸⁷ considera que, en el ámbito militar, el derecho de petición reviste la particularidad de “poder alzarse hasta el Rey”, como precepto específico del ordenamiento militar, si bien su ámbito de aplicación se va reduciendo, pues si según el tenor de las Ordenanzas de 1768 este derecho se podía ejercitar en todos los asuntos, el derogado Código de Justicia Militar (1945) lo centraba en los recursos contra sanciones por faltas leves y en el actual Artículo 201 ROFAS ya ha perdido alcance.

Para Jiménez Villarejo¹⁰⁸⁸ el contenido del derecho de petición es “la facultad de dirigir solicitudes a las autoridades o a los órganos de representación popular”, por lo que se rodea de cautelas cuando quien lo ejercita son los miembros de las Fuerzas Armadas, bien porque pudiera revestir la apariencia de presión intimidatoria, bien por el deterioro que para la disciplina militar pueden ocasionar las reclamaciones y quejas cuando se formulan al margen del conducto reglamentario o vía jerárquica. Razones por las que el texto constitucional proscribiera el ejercicio colectivo de este derecho y se asegura el cumplimiento de las acotaciones establecidas tanto por vía penal como disciplinaria.

Ollero Gómez¹⁰⁸⁹ advierte que los siete Artículos ROFAS (199-205) de la sección “Recursos y peticiones” forman parte de la masa del estatuto del militar y constituyen una interesante panoplia de posibilidades para ejercer el derecho de petición, si bien con alcance y eficacia diversa.

Alli Turrillas¹⁰⁹⁰ considera que el régimen de los recursos que puede interponer el militar presenta cierta confusión y que, en el ámbito militar, el derecho genérico a pedir o reclamar parece presentar las siguientes posibilidades o facetas:

- El derecho de petición propiamente dicho según los Artículos 199 ROFAS y 160 LRPFAS.

- Los recursos administrativos y judiciales, en tres frentes. Uno contra las resoluciones administrativas, con carácter potestativo, previo a la vía contencioso-administrativa (Artículo 159 LRPFAS)¹⁰⁹¹, contra las sanciones disciplinarias

¹⁰⁸⁷ GUAITA MARTORELL, A.: “Los derechos fundamentales de los militares”, cit. p.588.

¹⁰⁸⁸ JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: “Principios constitucionales. Derechos fundamentales...”, cit. pp. 237-238.

¹⁰⁸⁹ OLLERO GÓMEZ, C.: “Constitución y Reales Ordenanzas”, cit. pp. 225-226.

¹⁰⁹⁰ ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit. pp. 294-300.

¹⁰⁹¹ Actualmente es el Artículo 141 LCM, por haber sido derogado el 159 LRPFAS.

(Artículos 75 a 81 LORDFAS) y los recursos judiciales que correspondan contra las sanciones penales del CPM.

- El tradicional “recurso de agravio” por el que el militar puede llegar hasta el Rey, por vía de conducto reglamentario (Artículo 201 ROFAS).

- Por otra parte, el militar puede elevar las propuestas que estime convenientes, por conducto reglamentario y excluyendo las materias fijadas en el Artículo 205 ROFAS.

- También existen otras variantes del recurso o petición como las quejas o reclamaciones relativas al régimen de personal y condiciones de vida, de los Artículos 159 y 161 LRPFAS; así como las propuestas o sugerencias referidas al régimen de personal y a la condición de militar, enviadas a los Consejos Asesores de Personal (Artículo 151 LRPFAS).

- Aunque parece que fuera del ámbito del derecho de petición, queda el caso del Artículo 203 ROFAS (segunda parte), por tratarse de asuntos no específicos del servicio, o el recurso al Defensor del Pueblo, que es de acceso individual y directo, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril (Artículo 162 LRPFAS).

Ante esta gama de posibilidades, Allí se pregunta qué recursos siguen vigentes, en qué forma y con qué importancia. Estima que los mas problemáticos pueden ser los recursos “de agravio” (Artículo 201 ROFAS), las reclamaciones a los Consejos Asesores de Personal (Artículo 151 LRPFAS), las quejas previas a los recursos ordinarios (Artículo 161 LRPFAS) y el propio derecho de petición del Artículo 199 ROFAS. Tanto el recurso de agravio del Artículo 201 ROFAS, como las quejas del Artículo 161 LRPFAS, son vías informales en cuanto que no dirimen controversias jurídicas, pero son efectivas para remover obstáculos burocráticos para corregir ciertas situaciones; en el primer caso sería posible llegar “hasta el Rey” y en el segundo, hasta el Mando de personal del ejército que corresponda. Los supuestos del Artículo 151 LRPFAS están referidos al régimen de personal y a la *condición* de militar, como si dijéramos las cuestiones “laborales” o administrativas, por cuanto excluyen los asuntos directamente relacionados con la justicia y disciplina, con la orgánica y medios de equipo y material y con la instrucción y formación militar. El Artículo 161 LRPFAS (quejas)

es redundante con los Artículos 151 (Consejos Asesores) y 159 (recursos) LRPFAS, así como con el Artículo 201 ROFAS.

En cualquier caso, el problema es que el derecho de petición queda con poco margen de maniobra, ya que ni es ni puede presentarse bajo la forma de un recurso judicial, administrativo o contencioso-disciplinario. No obstante, aún cuenta con posibilidades prácticas en aquellos ámbitos en los que predomina la discrecionalidad administrativa, de actuación técnica, como es el caso del ejercicio del mando militar, para el que se presenta como “un aliviadero por el cual tramitar quejas o peticiones que de otro modo ni pueden ni deben ser admitidas por los tribunales ordinarios o la organización administrativa”.

Tras su análisis, Alli considera que el derecho de petición se asemeja hasta identificarse con el recurso de agravio del Artículo 201 ROFAS, porque en el derecho de petición solo caben las decisiones discrecionales que afectan personalmente, por lo que sería posible subsumir el recurso de agravio en el derecho de petición. Por otra parte, su ejercicio no sirve para la revisión de decisiones ya firmes en vía administrativa o judicial.

López Benítez¹⁰⁹² sostiene que la prohibición de ejercicio colectivo del derecho de petición plantea un problema de delimitación, dada la frecuente confusión entre el derecho de petición como derecho a dirigirse al poder público y sus órganos en demanda de actuaciones concretas para los que son competentes, con una de sus manifestaciones, el derecho de petición graciable, que contiene pretensiones no fundadas en Derecho y que está fuera del procedimiento administrativo. A su juicio, dado que en las Fuerzas Armadas ha existido la posibilidad de llegar “hasta el Rey” en materia disciplinaria, una interpretación histórica y *pro libertate* del Artículo 29. 2 CE lleva a restringir el concepto del derecho de petición al ámbito de lo graciable, que se agota por su solo ejercicio y más bien queda reducido a expresar una súplica o queja¹⁰⁹³.

¹⁰⁹² LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 503-505.

¹⁰⁹³ La STS de 12 marzo 1990 (Sala de lo Contencioso. Fundamento de Derecho Tercero) ratifica esta interpretación restrictiva al señalar que: “No hay que confundir el derecho de petición a los órganos institucionales, que asiste a todos los españoles, para impetrar decisiones de carácter político o de mera oportunidad, y se agota por su solo ejercicio -lo solicitado no tiene por qué ser necesariamente aceptado. Auto del Tribunal Constitucional 749/1985, de 30 de octubre -, con el ejercicio, valga la redundancia, por una persona o pluralidad de personas, de un derecho subjetivo, en este caso, de un derecho subjetivo público, el derecho de asociación [...], que solo puede quedar satisfecho mediante un pronunciamiento de la Administración o, en su caso, de los

Peñarrubia Iza¹⁰⁹⁴ considera que el derecho de petición tiene carácter residual, puesto que aunque está vinculado con los principios democráticos y la participación ciudadana, actualmente existen otros cauces de comunicación con el poder público.

El límite general es la imposición de forma escrita y, para los militares, existe el específico de su ejercicio individual y reglado por su legislación propia, lo que es un límite, no una supresión del ejercicio del derecho.

Aunque el contenido del derecho se agota con su ejercicio, el interesado debe conocer la resolución adoptada, sin que ello implique que haya de serle favorable. El organismo o autoridad destinataria de la petición debe acusar recibo, resolver o reconducir la petición a quien sea competente y comunicar la resolución al interesado. Tradicionalmente, el derecho de petición se acompañaba de la garantía de no sufrir represalias por su ejercicio, no obstante, en el ámbito castrense existen cautelas en este sentido para preservar la disciplina mediante la sanción del exceso como falta grave, que se añaden a los límites constitucionales citados¹⁰⁹⁵. Por otra parte, la petición ha de seguir el conducto reglamentario, proceso cuya eficacia protege la misma ley disciplinaria¹⁰⁹⁶.

Peñarrubia llama la atención sobre la regulación del sistema de quejas, por primera vez en la vigente LRPFAS, de manera que pueda ser acorde con las peculiaridades castrenses al tiempo que un instrumento correctivo eficaz¹⁰⁹⁷. De

Tribunales que resuelva con arreglo a derecho la reclamación deducida. Solo en el primer supuesto, no en este, cobra significado la restricción constitucional y legal de efectuar peticiones colectivas por parte de los miembros de las Fuerzas o Institutos Armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar, en general, [...], para salvaguardar la disciplina y la libertad de decisión de los poderes públicos -para preservar aquélla está también la exigencia de que las peticiones individuales de los mismos se produzca con arreglo a su legislación específica-, que en cambio no pueden verse afectadas cuando se impetra una decisión administrativa que debe producirse con sujeción al principio de legalidad".

¹⁰⁹⁴ PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 401-414.

¹⁰⁹⁵ Artículo 8 LORDFAS. Son faltas graves: "18. Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo".

A Juicio de Peñarrubia la sistemática de este artículo es criticable por cuanto se mezcla la libertad de expresión con el derecho de petición que no se sabe cómo puede ejercerse "a través de los medios de comunicación social". PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. p.405.

¹⁰⁹⁶ Véase Artículo 7.15 LORDFAS (faltas leves) y Artículo 8.17 LORDFAS (faltas graves).

¹⁰⁹⁷ Artículo 161 LRPFAS. Quejas. "1. El militar profesional podrá presentar, en el ámbito de su unidad, centro u organismo, quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida en buques, bases y acuartelamientos, siempre que no hubiera presentado anteriormente recurso con el mismo objeto y de acuerdo con lo previsto en el artículo 159 de esta Ley. 2. Las quejas se presentarán siguiendo el conducto reglamentario, pero, si no se considerasen suficientemente

la observación del Artículo 161 LRPFAS se deduce que, en las materias que cita, se distinguen dos procedimientos para peticiones y quejas, que a su vez son excluyentes para evitar duplicidades, puesto que no puede utilizarse uno si ya se ha empleado el otro; por último, flexibiliza el conducto reglamentario en sus tramos finales y redondea el sistema permitiendo utilizar el régimen normal de recursos.

Además, el Artículo 162 LRPFAS facilita el acceso del militar profesional al Defensor del Pueblo, conforme a la regulación orgánica de esa institución que, en su vena por el respeto de los derechos proclamados en el Título I CE, incluye el ámbito de la Administración Militar, si bien con el condicionante de que su intervención no entrañe interferencia en el mando de la Defensa Nacional¹⁰⁹⁸.

En líneas generales, Rebollo Delgado¹⁰⁹⁹ considera que en las aproximaciones doctrinales a este derecho domina la visión administrativa, dado que se trata de pretensiones graciabiles, exentas de carga jurídica. Resalta la versatilidad del derecho de petición, que ha sido origen de otros derechos hoy fundamentales, así como una vía de participación ciudadana en política y un medio de solucionar conflictos, razones suficientes para que ninguna de las constituciones históricas españolas haya omitido su consideración.

Los requisitos materiales se concretan en la posibilidad de ejercer el derecho de petición sobre cualquier materia, siempre que contenga una petición. Respecto a los formales, rigen los comunes del régimen jurídico de la Administración, entre los que sobresale la necesaria contestación motivada del órgano destinatario de la petición, ya que *petitum* y contestación son la esencia de este derecho. Es un derecho especialmente protegido, en el que se superponen los niveles de protección constitucional, el amparo judicial ordinario y el recurso

atendidas, podrán presentarse directamente ante el Mando de Personal del Ejército correspondiente y, en última instancia, ante los órganos de inspección de la Subsecretaría de Defensa a que se refiere el artículo 6 de la presente Ley. 3. Si, con arreglo a los plazos y el procedimiento que reglamentariamente se determine, las quejas presentadas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior se siguieran considerando insuficientemente atendidas, se podrá interponer el recurso que proceda de conformidad con lo previsto en el artículo 159 de esta Ley".

¹⁰⁹⁸ Artículo 162 LRPFAS. Defensor del Pueblo: "El militar profesional podrá dirigirse individual y directamente al Defensor del Pueblo, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril".

Artículo 14 Ley Orgánica 3/1981: "El defensor del pueblo velará por el respeto de los derechos proclamados en el título primero de la constitución, en el ámbito de la administración militar, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el mando de la defensa nacional".

¹⁰⁹⁹ REBOLLO DELGADO, L.: "El derecho de petición", cit. pp.75-130.

de amparo ante el Tribunal Constitucional; el otorgado por su desarrollo legislativo (LO 4/2001) que abre la vía del contencioso-administrativo; y el de la vía administrativa de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que se abre una vez acusado recibo de la petición formulada.

En el **ámbito comparado**, el derecho de petición no está recogido por la Constitución francesa; está muy vivo en Estados Unidos, en particular en su vertiente colectiva; en Alemania, aunque de aparición tardía, ha servido para cubrir carencias constitucionales relativas a medios de democracia directa; en Italia se interpreta y aplica como libertad de expresión y manifestación del ciudadano y tiene gran desarrollo en el ámbito local, además de no tener límites en cuanto a los sujetos¹¹⁰⁰.

En la Unión Europea, el derecho de petición está recogido en varias normas y es una creación del Parlamento Europeo, ante el que se ejercita y en cuyo Reglamento está recogido su desarrollo normativo, con una Comisión específica para resolver las peticiones. Está reconocido en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE), que reconoce la facultad de reclamar ante el Parlamento Europeo, a cualquier ciudadano, persona física o jurídica¹¹⁰¹; también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹⁰². No obstante, su eficacia resulta afectada por la misma complejidad de la organización de la Unión Europea, así como por lo irregular de que sean las Instituciones de la Unión (Parlamento) quienes resuelvan en materia de derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹¹⁰⁰ Véase REBOLLO DELGADO, L.: “El derecho de petición”, cit. pp. 111-121.

¹¹⁰¹ Artículo 21 TCCE. “Todo ciudadano de la Unión tendrá el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194. Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse al Defensor del Pueblo instituido en virtud de lo dispuesto en el artículo 195...”.

Artículo 194 TCCE. “Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar al Parlamento Europeo, individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Comunidad que le afecte directamente”.

Artículo 195 TCCE. “1. El Parlamento Europeo nombrará un Defensor del Pueblo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales...”.

¹¹⁰² Artículo 44 CDFUE. Derecho de petición: “Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo”.

En este ámbito europeo comunitario, no se advierten limitaciones a su ejercicio por parte de los militares por lo que, pese a las dificultades apuntadas, no deja de ejercerse cierta presión por parte de los interesados¹¹⁰³.

Respecto al **contenido esencial**, García Cuadrado¹¹⁰⁴ considera que forma parte de este el derecho a no ser perseguido por las peticiones formuladas, pero que también debe haber algo más que esta inmunidad, por ejemplo, que los poderes públicos no puedan prohibir la presentación de peticiones. En suma, se trata del “derecho de toda persona a ser escuchado por quienes ejercen el poder público”. En ese sentido, la petición debe formularse por escrito, ya que la contestación escrita es la única manera fehaciente de garantizar que se ha ejercido el derecho, además, esta respuesta ha de ser motivada.

Para Rebollo Delgado, el contenido esencial está configurado por cuatro elementos: es un derecho de reconocimiento genérico que no excluye ni a los extranjeros ni a las personas jurídicas, es una pretensión ejercitada ante el poder público sin límite de materia, de la que no puede derivarse perjuicio alguno para el ejercitante y que, para el destinatario, entraña la obligación de contestar motivadamente. Estos cuatro elementos delimitadores del contenido esencial del derecho de petición, generan dos obligaciones para el destinatario, acusar recibo y comunicar la resolución adoptada. Sobre lo expresado, define el derecho de petición como

“...la facultad que todo individuo tiene de dirigirse, ya sea individual o colectivamente, a los poderes públicos, en solicitud de una pretensión al respecto de cualquier materia que no sea un derecho subjetivo, de la cual no puede derivarse perjuicio alguno y que genera la obligación al destinatario de contestarla de forma motivada”¹¹⁰⁵.

¹¹⁰³ En concreto, la petición presentada por la Asociación de Militares Españoles, en 2002, en la que se solicitaba la modificación del Artículo 181 de las Reales Ordenanzas FAS para así eliminar obstáculos legales al asociacionismo militar, iniciativa que no prosperó porque el TCCE excluye al derecho de asociación de ser completado o apoyado por la Comunidad (Artículo 137, 5 TCCE). En todo caso es significativa la admisión a trámite de una petición colectiva de militares, por la Comunidad, cuando esta es una modalidad restringida o excluida en las legislaciones nacionales europeas (caso de Alemania, Francia, Portugal e Italia, además de España). El Parlamento Europeo podría haberse amparado en el Artículo 6,2 del Tratado de la Unión Europea “La Unión respetará los derechos fundamentales[...] tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”, para no entrar en materia y evitar dar una respuesta, pero no lo hizo así, por lo que ha dado un indicio de la evolución del derecho de petición colectivo cuando la ampliación del ámbito comunitario a materias de defensa permitan afrontar este aspecto concreto del estatuto del militar. PASCUA MATEO, F.: “Derechos fundamentales y fuerzas armadas...”, cit. pp.247-253.

¹¹⁰⁴ GARCÍA CUADRADO, A.: “El derecho de petición”, cit. pp.164 -166.

¹¹⁰⁵ REBOLLO DELGADO, L.: “El derecho de petición”, cit. p.127.

Para Belda Pérez-Pedrero¹¹⁰⁶, el contenido esencial del derecho de petición tiene cinco elementos: la indemnidad del titular contra cualquier perjuicio derivado de la petición, la accesibilidad sin trabas, que siga un procedimiento ante el órgano competente, que se considere la petición y que se conteste.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el contenido de este derecho, considerando que es mínimo y que se agota con su ejercicio, sin que además quepa esperar obtener lo pedido¹¹⁰⁷.

En cualquier caso, en la LODP reguladora está claro que forma parte del contenido esencial la "obligación de los destinatarios públicos de las peticiones de acusar recibo de las recibidas y, salvo excepciones tipificadas restrictivamente, la obligación de tramitarlas y contestarlas adecuadamente"¹¹⁰⁸.

Respecto a las peculiaridades de su ejercicio por los militares, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional no abundan y pueden estar relacionados con el ejercicio del derecho de petición para restablecer situaciones personales derivadas de la aplicación de legislación preconstitucional¹¹⁰⁹ o ligadas a la libertad de expresión¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁶ BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique: "Ante el desarrollo legislativo del derecho de petición....", cit. pp. 84-85.

¹¹⁰⁷ STC 242/1993, de 14 julio FJ 2: "...el contenido de este derecho como tal es mínimo y se agota en la mera posibilidad de ejercitarlo, formulando la solicitud sin que de ello pueda derivarse perjuicio alguno al interesado, garantía o cautela que está en el origen histórico de este derecho y ha llegado a nuestros días. Ahora bien, hoy el contenido comprende algo más, aun cuando no mucho más, e incluye la exigencia de que el escrito al cual se incorpore la petición sea admitido, se le dé el curso debido o se reexpida al órgano competente si no lo fuera el receptor y se tome en consideración. Desde la perspectiva del destinatario, se configuran dos obligaciones, una al principio, exteriorizar el hecho de la recepción, y otra al final, comunicar al interesado la resolución que se adopte [...], sin que ello «incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado» (STC 161/1988 y en el mismo sentido ATC 749/1985)".

ATC 749/1985 de 30 octubre, FJ 2: "Y el derecho de petición establecido en el art. 29.1 de la C.E.[...] su contenido intrínseco solo supone el reconocimiento en favor de los ciudadanos de hacer peticiones a los órganos institucionales de cualquier clase pero nunca que lo solicitado tuviera que ser necesariamente aceptado,..."

También STC 161/1988 de 20 septiembre FJ 5.

¹¹⁰⁸ Exposición de motivos Ley Orgánica 4/2001 LODP.

¹¹⁰⁹ ATC 222/1982 de 23 junio FJ 1: "El acto que está en el origen inmediato de este recurso de amparo -más propiamente omisión, puesto que no hay acto expreso- es el que se interpreta como denegación a la petición que el señor [...] dirigió al Ministerio de Defensa, instando la promulgación de normas nuevas que extinguieran definitivamente, con plenitud de derechos, los efectos derivados de condenas impuestas a militares profesionales que permanecieron leales a la República durante la Guerra Civil. Esta presentación de lo que es el origen del actual recurso, enseña, por de pronto, que el propósito -y el contenido- de la aludida petición se enmarca en el ámbito del derecho de petición, y no en el del recurso, con el ánimo de instar de los poderes públicos una iniciativa que tenía que ser legislativa dirigida a promulgar un texto legal que,

Como resumen de la **situación** del derecho de petición, en lo que respecta a su ejercicio por militares, es claro el interés del legislador por mantenerlo bajo control, manifestado en la atención que se le presta en los diversos textos legales militares, lo que contradice las opiniones doctrinales sobre la obsolescencia o carácter residual del derecho de petición. No obstante, la regulación dista de ser clara y precisa, superponiendo y mezclando manifestaciones del derecho de petición con otras figuras que no lo son o están ya caducadas, lo que genera una confusión palpable. Este exceso de control produce un efecto disuasorio sobre el posible sujeto activo, el militar, que no ve ante sí una gama de posibilidades perfectamente deslindada, antes bien, el panorama que se le ofrece es inseguro por lo que, si es posible, ejercerá otros medios para obtener satisfacción antes que emplear la vía del derecho de petición¹¹¹¹.

La **evolución** futura no puede ser mas que favorable, en una tendencia que comenzó con el mismo Anteproyecto de la Constitución 1978. En la regulación preconstitucional primaba la legislación específica militar sobre la general, que tenía carácter supletorio; en cambio, actualmente el precepto constitucional predica el derecho de petición para todos los españoles, con la salvedad de los militares que solo podrán hacerlo individualmente conforme a su legislación específica. Por otra parte, colectivos como los de funcionarios o internos en prisión se han ido liberando de trabas iniciales por vía de la vigente Ley Orgánica 4/2001 de 12 de noviembre reguladora del Derecho de Petición y,

ampliando los efectos de la amnistía que tiene en el art. 8 del Decreto-Ley 10/1976 su punto de arranque, comportara la restitución plena de todos los derechos activos y pasivos de los indicados militares”.

¹¹¹⁰ ATC 375/1983 de 30 julio FJ 2: El derecho fundamental de libre expresión y difusión de pensamiento, ideas y opiniones, reconocido en el art. 20.1 de la C.E. no es, como parece innecesario subrayar, un derecho absoluto o ilimitado, sino que se encuentra sometido a límites específicos -cual los señalados en el núm. 4 de dicho art. 20-, y genéricos, explícitos o implícitos cuales los precisados en los arts. 1.1, 9.1 y 10.1 de la C.E. y en el art. 26 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional y Organización Militar 6/1980, de 1 de julio, derivada del art. 8.2 de la propia C.E., que remite a las RR.OO. para las obligaciones, normas de conducta, deberes y disciplina del personal militar, con el contenido señalado en los arts. 169, 177, 178 y 203. [...] ha de entenderse conforme a la Constitución el contenido del art. 203 de las RR.OO., sometiendo las peticiones de los militares a sus superiores a un régimen restrictivo: exigiendo se lleven a cabo individualmente y por conducto regular, y solo permitiendo que, previa autorización, se recabe el parecer de otros compañeros, así como prohibiendo en todo caso la presentación de reclamaciones o peticiones colectivas”.

¹¹¹¹ En esta línea, opina también Belda, para el que cabe pensar que los límites impuestos ejercen un efecto disuasorio hacia el uso de este derecho, optando sus titulares por buscar otras vías mas concretas para la satisfacción de su derecho. BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: “Ante el desarrollo legislativo del derecho de petición...”, cit. p.88.

en lo que respecta al ámbito europeo, el Parlamento ya ha indicado su actitud favorable hacia la admisión del ejercicio colectivo del derecho de petición por parte de los militares, cuando la ampliación de las competencias comunitarias a materias de defensa lo permita.

Pero, ¿porqué siendo el derecho de petición de carácter residual -como ha sido ratificado por doctrina y jurisprudencia-, tiene tanto juego en la legislación militar?. Porque no olvidemos que además del extenso tratamiento que recibió en las ROFAS, hasta derivar en confuso, que se podía achacar a las circunstancias del momento de su elaboración, en la relativamente reciente LRPFAS se le seguía dedicando un capítulo a “recursos y peticiones” inserto en el Título XII (Derechos y deberes de los militares)¹¹¹². Quizás quepa encontrar la respuesta en el afán de cubrir por medio del derecho de petición los huecos que dejan las limitaciones para el ejercicio de otros derechos, huyendo en particular del ejercicio colectivo de cualquiera de ellos, lo que en cierto modo es una consecuencia lógica del planteamiento del Artículo 99 ROFAS (Titulo IV. De las funciones del militar. En el ejercicio del mando): “...cuidara solícitamente sus condiciones de vida, inquietudes y necesidades y velara por sus intereses, para que todos estén persuadidos de que se les trata con respeto y se les guarda la consideración que merecen”¹¹¹³.

6.3. DERECHOS CON LIMITACIÓN LEGISLATIVA.

A continuación trataremos un bloque de derechos fundamentales que si bien no tienen limitaciones explícitas en el texto de la Constitución, su ejercicio por los militares resulta restringido por obra del posterior desarrollo legislativo.

Es el caso de la libertad de expresión e información, el derecho de reunión y manifestación y el derecho de asociación.

¹¹¹² La situación no ha variado en la práctica, porque el derogado Artículo 159 LRPFAS se corresponde casi a la letra con el vigente Artículo 141 LCM (que es el único del Título VII), en tanto que los restante Artículos 160-162 LRPFAS continúan vigentes.

¹¹¹³ Planteamiento que parece conservar la vigente Ley 39/2007 de la carrera militar. TÍTULO I. Competencias en materia de personal militar. Artículo 12. De los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra [...]: “1. A los Jefes de Estado Mayor [...], en el ámbito de su Ejército, les corresponde: [...] i) Velar por los intereses generales del personal, tutelando en particular el régimen de derechos y libertades.

6.3.1. LIBERTAD DE EXPRESION E INFORMACION.

Artículo 20 CE: “1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [...]. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [...].

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa [...]. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y [...].”

La historia de la libertad de expresión está ligada a la libertad de imprenta o difusión escrita del pensamiento y opinión. Las Cortes de Cádiz establecen la primera regulación liberal, aunque las normas sobre la imprenta se remontan a finales del siglo XV. Así, el Artículo 371 CE1812 formulaba el principio general de libertad al no fijar censura previa, es decir, al no exigir “licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación”¹¹¹⁴.

La libertad de expresión también está ligada estrechamente y emana de la libertad de pensamiento y opinión, puesto que es el derecho a expresar pública y externamente el pensamiento o la opinión. Asimismo está conectada con las libertades de reunión y asociación, como cauces que son para la realización práctica de la propia opinión o pensamiento, junto a otras personas.

Si hubiera que elegir una razón para proteger la libertad de expresión bastaría con argumentar que es el instrumento o el camino para tomar decisiones racionales en un sistema democrático. Porque aun a riesgo de beneficiar también a los mensajes falsos, para que exista debate, se protegerán los mensajes emitidos en uso de la libertad de expresión que sean de interés público.

El Artículo 20 CE reconoce y protege varios derechos fundamentales, incluye sus garantías y fija sus límites, derechos con puntos en común, pero también con notorias diferencias en su carácter y tratamiento, entre los que figura

¹¹¹⁴ Sobre los antecedentes históricos de la libertad de expresión, así como la situación inmediatamente anterior a la Constitución de 1978, véase PECES-BARBA, Gregorio; QUADRA SALCEDO, Tomás; MOHEDANO, José María; GONZÁLEZ, Pedro: *Sobre las libertades políticas en el Estado español (expresión, reunión y asociación)*, Fernando Torres (Editor), Valencia, 1977, pp. 29-77.

la libertad de expresión, que suele presentarse en conexión con la libertad de información hasta distinguirlas con dificultad en algunos casos.

El Artículo 20.1,a CE recoge el derecho conocido como **libertad de opinión** o libertad de expresión en sentido estricto, cuyo objeto protegido son los pensamientos, ideas y opiniones, lo que significa que los mensajes emitidos bajo este concepto contienen siempre juicios de valor, que son la expresión de una preferencia o elección entre opciones reales¹¹¹⁵. La libertad de expresión sería el término genérico que englobaría los derechos contemplados en el Artículo 20 CE, en tanto que la libertad de opinión puede definirse como “el derecho fundamental a emitir (expresar y difundir) juicios de valor (pensamientos, ideas y opiniones)”¹¹¹⁶. Introducir los juicios de valor en el concepto tiene como consecuencia excluir la veracidad de los mensajes, que no puede exigirse, puesto que no hay posible comparación o contraste entre opiniones y hechos. El problema es determinar cuando estamos ante juicios de valor, para lo que puede resultar útil observar el grado de generalización de la opinión, pues cuanto menor es este, cuanto más ceñida a los hechos es la opinión, el juicio de valor va dejando de serlo para aproximarse a la descripción y, por tanto, estaremos mas cerca de la libertad de información. Según lo dicho, si la veracidad no sirve como criterio para restringir los mensajes emitidos en uso de la libertad de opinión, será difícil encontrar un criterio válido para esta restricción y, por otra parte, los mensajes no tienen por qué sujetarse estrictamente a un modelo, antes bien, será frecuente que incluyan tanto juicios de valor como descripción de hechos, por lo que será necesario distinguir ambos elementos para darles un tratamiento por separado, o bien calificarlo según predomine el elemento valorativo o el descriptivo, renunciando a enjuiciar la parte menos significativa.

El Artículo 20.1,d CE reconoce la **libertad de información**, cuyo objeto es la información “veraz”, por lo que los mensajes emitidos bajo esta modalidad serán descripciones de hechos, sin juicios de valor, a las que solo se les exige veracidad, es decir la correspondencia entre lo descrito y lo realmente sucedido. Así, para merecer protección constitucional, los hechos difundidos deben estar

¹¹¹⁵ Para una definición de juicio de valor y sus implicaciones, puede verse el ensayo de MEEHAN, Eugene J: *Juicios de valor y ciencia social*, (Traducción de Julio R. Hardisson), A. Redondo (Editor), Universidad de Barcelona, 1970.

¹¹¹⁶ MONTILLA MARTOS, J. A.: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*, cit. p.181.

ajustados a la verdad, al menos en sus aspectos relevantes. Para distinguir cuales son estos aspectos debe acudir al sentido global de la información, concediendo a las palabras o expresiones el sentido que les corresponde conforme al contexto en que se expresan; si la información se ampara en las declaraciones de un tercero, la veracidad estará referida a la fidelidad con que se reproducen esas declaraciones; si la veracidad se decide en un proceso judicial, se estará al tratamiento procesal de la prueba, de manera que corresponderá probar la falsedad a quien la alegue. En cualquier caso, es la **doctrina de la posición preferente** la que incidirá en mayor grado en el análisis y determinación de la veracidad de las informaciones.

El Tribunal Constitucional ha empleado la expresión “posición preferente” para justificar la prevalencia de la libertad de expresión sobre otros bienes o derechos constitucionales¹¹¹⁷. La doctrina de la posición preferente está relacionada con la ponderación de las circunstancias, a la que precede, puesto que su utilidad consiste precisamente en guiar esa ponderación introduciendo un factor diferencial que hace valorar determinadas expresiones de distinta manera, según se considere o no la presencia de esta doctrina. Procede de Norteamérica, es de origen jurisprudencial y apareció en la década de mil novecientos sesenta. Otorgó un tratamiento especial a las informaciones sobre asuntos de interés público que, en razón de ese interés, podrían contener mensajes falsos o difamatorios, siempre que la falsedad no fuera intencionada o con manifiesta despreocupación por la verdad.

El TEDH también considera el debate público como un elemento esencial de toda democracia, por lo que concede preferencia a las informaciones sobre asuntos de interés público y es a través de su jurisprudencia como se ha recibido en el ordenamiento español esta doctrina.

¹¹¹⁷ Véase STC 371/1993 de 13 diciembre, FJ 2 :“...es ya muy reiterada doctrina de este Tribunal: [...], que las libertades reconocidas en el art. 20.1 a) y d) de la Constitución no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político, por lo que trasciende el significado común y propio de los demás derechos fundamentales. En consecuencia, ha de reconocerse una posición preferente, en razón de su dimensión constitucional, a las libertades contenidas en el art. 20 de la Constitución cuando se ejerciten en conexión con asuntos que sean de interés general y contribuyan a la formación de una opinión pública libre y plural”.

La doctrina de la posición preferente está recogida en la STC 30/1982 de 1 junio.

El único fundamento para aplicar la doctrina de la posición preferente es la existencia de interés público, y para apreciar esta existencia es menester prestar atención en primer lugar al objeto del mensaje, que se determinará objetivamente sin que en este momento se preste atención a su contenido (como las expresiones vejatorias o la veracidad). Existen materias en que esta determinación resulta fácil en razón de su relación directa con el debate político y, para los casos en que esto no sea suficiente, se emplearán dos criterios complementarios que se aplicarán sucesivamente, que consisten en atender al sujeto pasivo y al sujeto activo del mensaje, para determinar la existencia de interés público suficiente como para atribuirle posición preferente. Salvado este trámite y establecido que el caso de ejercicio de libertad de expresión estudiado goza de posición preferente, esta produce efectos respecto a la libertad de información, sobre la actitud del sujeto activo en la búsqueda de la veracidad o su diligencia profesional; pero cuando se trate de libertad de opinión, se invierte en cierto modo el criterio anterior porque la actitud o intención del sujeto activo ya no será determinante para fijar el carácter vejatorio de las expresiones, puesto que el insulto innecesario no está constitucionalmente protegido. En cualquier caso, la posición preferente relaja la capacidad de restricción de los límites externos (seguridad nacional, moral, etc) y, cuando entre en conflicto con otros bienes o derechos constitucionales, la ponderación de las circunstancias del caso (modo, momento o lugar) perderá importancia para fundamentar la protección o desprotección de la libertad de expresión, que resulta condicionada por la presencia de esa posición preferente¹¹¹⁸.

La libertad de expresión en sentido estricto o libertad de opinión se configura como un derecho activo en el sentido de manifestarse como derecho a expresar y difundir pensamientos, ideas u opiniones por cualquier medio de difusión y conlleva un matiz subjetivo.

En cambio, la libertad de información tiene una vertiente activa en el sentido antes mencionado, como derecho a “comunicar”, y una pasiva, como derecho “a recibir” información. Es más bien de carácter objetivo por tratarse de la comunicación de hechos a través de medios de comunicación general.

¹¹¹⁸ Véase MONTILLA MARTOS, J. A.: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*, cit. pp.179-181.

El **criterio distintivo** de una u otra, lo puede proporcionar el carácter predominante del mensaje que se transmite, aunque el Tribunal Constitucional reconoce la dificultad de distinguir entre libertad de expresión y derecho a comunicar información, debido a la mencionada presencia de apreciaciones y juicios de valor en aquella y a la exigencia de veracidad en esta¹¹¹⁹.

Ambas libertades, expresión e información, podrán ser ejercidas por cualquier persona, pero el **ejercicio** de la libertad de expresión puede verse restringido o matizado para determinados colectivos como es el caso de los militares, en función de razones como el imprescindible aseguramiento de la disciplina y la unidad de las Fuerzas Armadas o el impacto de lo manifestado sobre la disciplina en razón del grado de difusión; en otras ocasiones, se ha tenido en cuenta la condición de letrado del recurrente o la distinción entre el órgano de la Administración y el acto recurrido, a efectos de atribuirles posibles descalificaciones en uso de la libertad de expresión¹¹²⁰.

¹¹¹⁹ Entre otras, véase STC 160/2003 de 15 septiembre, FJ 3: "Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo desde la STC 104/1986 de 17 de julio, entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción [...], tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término «información», en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo «veraz» (STC 4/1996, de 19 de febrero, FJ 3). Sin embargo, hemos admitido que en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos [...]"

¹¹²⁰ La Sentencia 102/2001 de 23 abril, versa sobre la vulneración del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa, por las manifestaciones efectuadas por un militar sancionado en la vía administrativa de recurso. El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, en especial cuando ejercen su derecho de defensa, para lo que refuerza su argumentación con la jurisprudencia del TEDH y considera legítimas las restricciones siempre que sean proporcionadas y estrictamente necesarias, al tiempo que tiene en cuenta la condición no letrada del ejercitante, así como el grado de difusión de las críticas vertidas.

FJ 3: "... en el ámbito castrense, la protección del deber de respeto a la superioridad y la correlativa limitación del derecho a la libertad de expresión encuentra especial justificación en exigencias vinculadas a la organización y configuración de las Fuerzas Armadas, y, por ello mismo, han de considerarse constitucionalmente legítimas aquellas restricciones del derecho que sean proporcionadas y obedezcan a motivos necesarios de aseguramiento de la disciplina y de la unidad de acción, imprescindibles para el logro de los objetivos que constitucionalmente se le han encomendado".

FJ 4: "No cabe, [...], sino resaltar que en el presente caso, [...], la impugnación en vía de recurso administrativo se hallaba dirigida contra un acto de la Administración que imponía sanción disciplinaria, y fue ejercitada por militar carente de la condición de Letrado, lo que refuerza en

Las libertades de expresión e información colisionan con frecuencia con los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que aparecen como límite expresamente reconocido en el precepto constitucional. En caso de conflicto deberá llevarse a cabo la correspondiente ponderación de bienes, no obstante, la jurisprudencia ha señalado unas pautas a tener presentes para analizar los conflictos entre los derechos del Artículo 18.1 CE y los del Artículo 20 CE. En cualquier caso, no es admisible el insulto o las expresiones ultrajantes u ofensivas innecesarias, cuando no estén relacionadas con las ideas u opiniones expresadas¹¹²¹.

Los cargos públicos, los funcionarios o las personas que ejercen una profesión cara al público tendrán que ejercer su libertad de expresión con cierta cautela, así como soportar un grado mayor de crítica o de afectación a su

mayor grado, si cabe, la potencialidad del derecho a la defensa en su proyección con el derecho fundamental a la libertad de expresión, íntimamente entrelazados y aquí concernidos. Una última referencia ha de traerse a colación en supuestos como el presente, toda vez que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 25 de noviembre de 1997 (caso Grigoriades c. Grecia) ha puesto de relieve la importancia, para ponderar la restricción de la libertad de expresión en el ámbito castrense, de la efectiva difusión de las manifestaciones pretendidamente críticas con la institución militar, precisando que han de considerarse protegidas por el art. 10 CEDH cuando presenten un insignificante impacto objetivo sobre la disciplina militar". En la STC 288/1994 de 27 octubre, el Tribunal tiene en consideración la condición de letrado del recurrente, miembro del Cuerpo Jurídico Militar: FJ 3. "Ha de admitirse, [...], que el art. 200 de las Reales Ordenanzas, de 28 de diciembre de 1978, impone una obligación a los miembros de las Fuerzas Armadas de actuar con «buen modo» en relación con los superiores jerárquicos, incluso cuando se impugnen sus resoluciones. [...] Pero a la luz de los derechos constitucionales en juego, la expresión legal no puede ser interpretada de forma que, en aras de un mantenimiento a ultranza de su tenor literal, conduzca al resultado de recortar indebidamente la libertad de expresión orientada a ejercitar el derecho a exponer los propios argumentos en un procedimiento administrativo. [...] Pasando a valorar las expresiones vertidas en el recurso, es clara su conexión con la defensa de tesis jurídicas, y que se refieren al acto administrativo impugnado, [...]. Afirmar de un nombramiento que es ilegal o irregular, o contrario a lo establecido en el ordenamiento jurídico; que pueda suponer un fraude de ley; que tiene como efecto patrimonializar una plaza escalafonada; y calificarlo de injusto, arbitrario o ilegal, pueden ser expresiones duras, pero en ningún modo considerarse ajenas a un razonamiento estrictamente jurídico [...]. Es clara pues la vinculación entre las afirmaciones del actor y los argumentos jurídicos en que basa su tesis; y no es apreciable intento alguno de descalificación del órgano, sino del acto impugnado, de modo que no pueden considerarse excedidos los límites de la libertad de expresión vinculada a la libertad del actor y de sus intereses legítimos [...]."

¹¹²¹ Véase STC 20/2002 de 26 enero, FJ 4: "Sentado lo anterior, no resulta ocioso recordar que, según jurisprudencia consolidada, el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige [...]. Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1.a CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental [...]."

intimidad que las personas comunes. En el caso de los funcionarios porque, como otros, la libertad de expresión no es un derecho de ejercicio ilimitado, por lo que deben evitar extralimitaciones y ejercicios inadecuados, porque si bien ya no se les exige una lealtad acrítica, es posible limitar el ejercicio de la libertad de expresión en razón de consideraciones como la categoría del funcionario, la preservación del principio de autoridad o la repercusión en el funcionamiento del servicio. En el caso de los cargos públicos, en el conflicto entre libertad de expresión y otros derechos fundamentales hay que tener muy presente la posición institucional del ofendido, ya que el ejercicio de un cargo público conlleva la carga de soportar críticas por parte de los administrados. Para el caso de los militares, juegan los condicionantes de la calidad del mando o puesto que se ocupa en la escala jerárquica, el destino que se desempeña y la repercusión o afectación sobre el servicio que pueda tener lo expresado. Por otra parte, las expresiones habrán de contrastarse con los usos sociales actuales, para apreciar su verdadero carácter atentatorio al honor o intimidad y no desvelarán aspectos de la vida privada o de la intimidad que sean irrelevantes para la información¹¹²².

En suma, el ejercicio de la libertad de expresión generalmente estará condicionado por la relación de sujeción del funcionario, pero no de manera uniforme ni generalizada, porque “las limitaciones a la libertad de expresión vendrán ocasionadas por la función que se desarrolle en el ámbito de la Administración, no por ostentar la condición de funcionario”¹¹²³. En el fondo se trata de deslindar la actuación del funcionario, si lo hace en condición de tal o como un ciudadano particular y, de otro lado, comprobar si la infracción de un límite al ejercicio del derecho en cuestión perjudica al servicio. En este ámbito

¹¹²² Véase STC 127/2003 de 30 junio, FJ 8: "Por otro lado, debemos subrayar que «forma parte ya del acervo jurisprudencial de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública» (STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 2 y las resoluciones allí citadas) [...]. Respecto del segundo requisito expresado (que la comunicación verse sobre asuntos de interés general o relevancia pública), y sin olvidar en ningún instante que el ejercicio de la libertad de información garantiza la formación y existencia de una opinión pública libre e ilustrada, condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático [...], debemos reiterar ahora que cuando dicha libertad se ejerce sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como es, en este caso, la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima que lo informado resulte de interés público. [...] Es esa relevancia comunitaria -y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena- lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, [...].

¹¹²³ LASAGABASTER, I: *Las relaciones de sujeción especial*, cit. p. 404.

funcionarial, no hay que asociar libertad de expresión con restricción, simplemente será distinta que la del ciudadano común; porque como ha reconocido el mismo TC, en algún caso puede ser incluso mas amplia que la de cualquier trabajador por cuenta ajena, porque el funcionario sirve al interés público y no le es exigible una lealtad acrítica, por lo que tampoco tiene por que identificarse siempre con el interés administrativo¹¹²⁴. Este interés por proteger el

¹¹²⁴ Véase STC 101/2003 de 2 junio, FJ 3: "Centrado el asunto en la posible lesión del derecho a la libertad de expresión del recurrente hay que recordar nuestra doctrina respecto al ejercicio de la misma, en especial por las personas que ostentan la condición de funcionarios, como sucede en este caso.[...]. La libertad de expresión aparece así como uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español, colocada en una posición preferente y objeto de especial protección. Esta importancia no supone, sin embargo, que nos hallemos ante un derecho fundamental ilimitado, [...], puesto que hemos afirmado repetidas veces que «la libertad de crítica... no cubre el insulto y la descalificación» [...]. Habrá que examinar, pues, siempre que se alegue lesión de la libertad de expresión, si no nos encontramos ante un ejercicio inadecuado de la misma, ante un supuesto de extralimitación en su uso.

Otro factor igualmente importante, cuando de manifestaciones sobre la actividad de cargos públicos se trata, es el de la carga que estos tienen de tolerar las críticas que a su conducta se hagan porque, como hemos tenido ocasión de decir, «el Estado democrático de Derecho se realiza también a través de la garantía de un abierto, libre y plural proceso de comunicación pública en el que, entre otras cosas, se someta al escrutinio del conjunto de los ciudadanos lo que dicen y hacen aquéllos que tienen atribuida la administración del poder público, garantía a la que sirve de forma capital el art. 20.1 CE» [...]. Consecuentemente, en los conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos habrá que tener muy en cuenta la posición institucional del supuestamente ofendido".

FJ 4: "Un dato especialmente significativo para resolver este recurso es el de la condición de funcionario del demandante de amparo, porque la sanción que se le impone es precisamente en aplicación del régimen disciplinario de los servidores públicos [...] y, por tanto, no hubiera podido aplicarse a un ciudadano en el que no concurriera esa condición. Por ello, y dado que esta es la principal defensa del recurrente, ha de recordarse la doctrina de este Tribunal sobre la libertad de expresión de los funcionarios que se inició con la STC 81/1983, de 10 de octubre, en la que se declaraba que si bien «en una primera etapa del constitucionalismo europeo [...] solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia [...] al uso de determinadas libertades y derechos», tras la Constitución española de 1978 hay factores que «contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano» (FJ 2). Además de esa proximidad al status del ciudadano, la misma Sentencia advierte que «ni todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los cuerpos poseen un mismo grado de jerarquización ni de disciplina interna» [...]."

De toda esta doctrina jurisprudencial derivan los criterios aplicables a la hora de juzgar las posibles extralimitaciones en la libertad de expresión por parte de un funcionario, [...]. En primer término, deben considerarse superados los tiempos en que era exigible una lealtad acrítica a los servidores públicos, que gozan del derecho reconocido en el art. 20.1 a) CE. En segundo lugar, que dadas las peculiaridades de la Administración pública es posible construir ciertos límites al ejercicio del citado derecho, límites que, sin embargo, dependerán de manera decisiva del tipo de funcionario de que se trate (SSTC 371/1993, de 13 de diciembre, FJ 4, y 29/2000, de 31 de enero, FJ 5). También tendrá relevancia el que la actuación tenga lugar en calidad de ciudadano o de funcionario y el que la misma ponga o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores y comprometa el buen funcionamiento del servicio".

Véase STC 81/1983 de 10 octubre, FJ 2:"El fondo del asunto consiste en la ponderación del ejercicio que un funcionario público ha hecho de determinados derechos que la Constitución le reconoce. [...] a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, [...]. Conquistas históricas como la racionalización del ingreso en la función pública, como la inamovilidad del funcionario en

interés público materializado en la preservación de la eficacia de las Fuerzas Armadas, late también en el texto de las Reales Ordenanzas¹¹²⁵.

La libertad de expresión es un derecho esencial para el funcionamiento de una sociedad democrática y ha sido uno de los que tradicionalmente más se han restringido al militar¹¹²⁶. Aunque las constituciones históricas españolas no han limitado expresamente a los militares el ejercicio de su libertad de expresión, la legislación de desarrollo se ha encargado de fijar limitaciones.

Tradicionalmente ha existido cierta prevención legislativa contra el uso de la prensa para expresar críticas o airear polémicas, así, el Código de Justicia Militar de 1890 sancionaba al militar que acudiera a la prensa sobre asuntos del servicio. En cambio la legislación de la Segunda República se orientó más hacia la prohibición de las publicaciones que se arrogaran la representación de la

su empleo, así como la consagración constitucional de los principios del art. 103.1 y 3, y la de los derechos de los arts. 23.2, 20.1 a) y 28.1 de la C. E., [...], son factores que de forma convergente contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano. También este en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas encuentra límites, pues en ningún derecho carece de ellos, pero el funcionario se encuentra, además, con otros límites derivados de su condición de tal. Como por otra parte no todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los Cuerpos poseen un mismo grado de jerarquización ni de disciplina interna, todos esos y otros factores (como, por ejemplo, que el funcionario actúe en su cualidad de tal o en su condición de simple ciudadano) han sido tenidos en cuenta por la jurisprudencia de otros países para determinar hasta dónde deben llegar las restricciones a algunos derechos y libertades de funcionarios públicos. Fruto de esa labor de interpretación casuística, la doctrina y la jurisprudencia suelen admitir que algunos de los criterios utilizables con tal fin son el de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental de libertad pública pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y el de si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio.

También STC 69/1989 de 20 abril FJ 2, relativas a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o STC 143/1991 de 1 julio, FJ 5, sobre funcionarios de prisiones.

¹¹²⁵ Véase Título II. Del militar. Artículo 47: "Si observare alguna novedad o tuviere noticia de cualquier irregularidad que pueda perjudicar a los intereses o eficacia de las fuerzas armadas, intentara remediarlo y pondrá en conocimiento de sus superiores mediante parte verbal o escrito, según la urgencia e importancia del caso".

Título IV. De las funciones del militar. En la administración y logística. Artículo 164: "Cuidara con esmero el cumplimiento de las disposiciones que afecten a estas actividades, no dudando en proponer al mando cuantas reformas y mejoras considere convenientes, y cumplirá su deber dando parte de las irregularidades que observe".

¹¹²⁶ Véase STC 371/1993 de 13 diciembre, FJ 4: "Ha de concluirse, en el sentido de la jurisprudencia citada, que el legislador podrá legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no solo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas, o, en términos de la STC 97/1985, fundamento jurídico 4, «disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la C.E. les asigna, una especial e idónea configuración».

opinión de todo o parte del Ejército. La Constitución española vigente no hace referencia expresa a los militares, pero no escasean las limitaciones en la legislación de desarrollo (ROFAS, LORDFAS, CPM).

Las restricciones a este derecho son incluso anteriores a las ROFAS. El Real Decreto-Ley 10/1977 de 8 febrero, en su Artículo segundo prohibía a los militares expresar públicamente y en cualquier forma opiniones de contenido político o sindical y el Real Decreto 706/1977 de 1 abril 1977, que desarrollaba el anterior citado, en su Artículo primero aumentaba estas limitaciones al hacer extensiva la prohibición a “todas las actividades de la vida militar, cualesquiera que sea el lugar, momento y circunstancias en que se lleven a efecto”.

Aunque la Constitución de 1978 no contempla limitación específica alguna para los militares, el ejercicio de la libertad de expresión está tratado en las **Reales Ordenanzas** en sus dos aspectos convencionales, la vertiente activa, de emisión de opiniones, ideas o comunicación de informaciones y la pasiva o libertad de recibir esas opiniones, ideas o informaciones.

La faceta **activa** de la libertad de expresión está recogida en el Artículo 178 ROFAS:

“El militar tiene derecho a la libertad de expresión, pero necesitara autorización previa para su ejercicio cuando trate cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que solo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las fuerzas armadas”.

Este artículo comienza afirmando el derecho, pero fija una limitación como es la necesidad de autorización previa en dos supuestos, uno objetivo, como es el conocimiento de datos por razón de destino o cargo y otro de concreción mas difícil por cuanto se trata de cuestiones que “pudieran perjudicar” y, dado que no se hace referencia alguna a quien determinará ese perjuicio, se entiende que se hará en vía disciplinaria o judicial *a posteriori* lo que genera una clara inseguridad para quien pretenda ejercer su derecho a la libertad de expresión. Las materias prohibidas o restringidas están fijadas en las leyes disciplinaria y penal militar.

Es decir, que para el ejercicio de este derecho se exige la autorización previa, bien por razón de la materia (la seguridad nacional), bien por la manera,

medios o circunstancias en que se han obtenido esos datos. El bien protegido es la seguridad nacional, en cuyo beneficio se imponen las limitaciones¹¹²⁷.

Respecto a opiniones en que no medie la seguridad nacional, como las meramente técnicas, rige el sistema general común a todos los ciudadanos de ejercicio sin autorización previa. La emisión de estas opiniones no debería presentar problemas, pero cuando versen sobre temas de actualidad podrán interpretarse interesadamente o con tergiversaciones que afecten a la pretendida neutralidad política, aún sin intencionalidad por parte del autor, que prácticamente se ve obligado al silencio, si no cuenta con autorización previa, ya que sería fácil argumentar que cualquier opinión técnica está apoyada en datos conocidos en razón del destino o cargo; porque en la dicción del Artículo 178 ROFAS se incluyen tanto los datos que perjudiquen la seguridad nacional, seguramente contenidos en documentación clasificada con algún grado de reserva, y cualesquiera otros que solo conozca por su destino o cargo.

La **doctrina** ha profundizado en la comprensión del ejercicio de esta libertad de expresión en sentido estricto o libertad de opinión del militar.

Según Casado Burbano, muchas de las limitaciones a la libertad de expresión vienen impuestas por razones de seguridad o de defensa nacional, por lo que los militares sufrirán las correspondientes restricciones para su ejercicio con la finalidad protectora de estos intereses, mediante la preservación de principios básicos como la disciplina o la neutralidad política¹¹²⁸.

En cualquier caso, lo que se trasluce es una clara inseguridad para el militar a la hora de expresarse en cualquier materia que pueda perjudicar a la seguridad nacional, ante lo que Casado Burbano ensaya algunos criterios interpretativos que estima de utilidad para el caso. En concreto, que es necesario interpretar restrictivamente toda norma jurídica limitativa de un derecho; que es

¹¹²⁷ En la STC 270/1994 de 17 octubre, FJ 1, se menciona una Resolución del Ministro de Defensa, de 22 enero 1990, en la que textualmente se decía que «la limitación en el ejercicio de la libertad de expresión para los miembros de las Fuerzas Armadas, consistente en la obtención de previa autorización, requiere que las manifestaciones vertidas guarden relación con la seguridad nacional, afecten a la Defensa Nacional, a los asuntos de servicio o a la organización o actuación de los Ejércitos».

¹¹²⁸ A juicio de Casado, estas razones o intereses, "...en conjunto, ha motivado que, en los medios castrenses occidentales, se halle muy difundida la idea práctica de que los militares deben abstenerse de manifestar públicamente todo aquello que pueda desagradar al Gobierno, al mando o a sus camaradas y que, de no hacerlo así, se corre el riesgo de ser fulminantemente destituido,

lícita la discrepancia cuando las cuestiones se tratan con rigor científico, doctrinal o profesional; que no se vulnera el deber de discreción cuando los hechos ya han sido difundidos previamente o se emplean con carácter hipotético-argumentativo; que no se vulnera la neutralidad política por tratar temas que sean parte del programa de una opción política, siempre que no se asocie con la adhesión o rechazo en bloque de un determinado partido o grupo y que, salvo prueba en contrario, las manifestaciones públicas de un militar no deben considerarse hechas en representación colectiva¹¹²⁹.

Acerca del Artículo 178 ROFAS y una vez expresadas sus reservas sobre la idoneidad de las Reales Ordenanzas para regular los derechos fundamentales, Jiménez Villarejo subraya la limitación al ejercicio de este derecho fundamental que supone la necesidad de autorización previa¹¹³⁰. Considera que los militares se mueven en un campo más reducido que el delimitado por el Artículo 20.4 CE ya que está acotado por la existencia de determinados valores y principios a los que deben fidelidad, lo que se materializa en normas restrictivas no solo en la limitación en sí, sino también en la tipificación penal y disciplinaria de manifestaciones de la libertad de expresión cuya represión en estas vías sería impensable para el caso de un ciudadano civil. Se introduce así una mayor severidad en los tipos penales y disciplinarios, por razón de la persona, relacionados con la libertad de expresión y centrados en torno a la lealtad a la Constitución y al Rey, la subordinación y acatamiento a los poderes del Estado o la salvaguardia de la disciplina y la unidad de las Fuerzas Armadas¹¹³¹.

si se goza de un cargo de confianza, o de ser inexorablemente sancionado". CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. pp.139-143.

¹¹²⁹ También comparte estos criterios BAUTISTA SAMANIEGO, José María: "Derechos fundamentales y libertades públicas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas", *Revista Española de Derecho Militar* n.º.54, julio-diciembre 1989, pp. 292-293.

¹¹³⁰ JIMÉNEZ VILLAREJO, J: "Principios constitucionales. Derechos fundamentales...", cit. pp. 228-230.

¹¹³¹ Por ejemplo, véase Ley Orgánica 13/1985. Código Penal Militar. Título Cuarto. Delitos contra la Nación española y contra la Institución militar. Capítulo II. Atentados y desacatos a Autoridades Militares, ultrajes a la Nación o a sus símbolos e injurias a los Ejércitos.

Artículo 89 CPM: "El militar que ofendiere o ultrajare a la Nación española, su Bandera, Himno o alguno de sus símbolos o emblemas será castigado con la pena de uno a seis años de prisión, pudiendo imponerse además, la pena de pérdida de empleo. Cuando el delito fuere cometido con publicidad o cualquier medio de difusión se impondrá la pena de tres a diez años de prisión. El militar que ofendiere o ultrajare a las insignias o emblemas militares será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años".

Para López Benítez¹¹³² la libertad de expresión presenta notables peculiaridades en el ámbito militar por el peso que ejercen sobre la misma la preservación de la jerarquía, la neutralidad o el sigilo profesional en beneficio del adecuado funcionamiento de las Fuerzas Armadas. De la lectura del Artículo 178 ROFAS parece quedar claro el régimen general, pero considera que si bien es indudable que la seguridad nacional es un límite al ejercicio de la libertad de expresión, duda de la constitucionalidad de la exigencia de autorización previa que establece este artículo. En principio, porque el Artículo 20.2 CE prohíbe la restricción de la libertad de expresión mediante ningún tipo de censura previa, además de estimar esa autorización previa como un medio ineficaz cuando se trata de manifestaciones orales o porque, en el caso de las escritas, existen otros medios menos lesivos y perfectamente constitucionales como es el secuestro de la publicación o, sencillamente, la sanción penal o disciplinaria a los infractores.

Fuera de los dos casos citados, en razón de la seguridad nacional o del origen de los datos, al militar se le aplicará el régimen general, es decir, el ejercicio de la libertad de expresión sin necesidad de autorización previa; lo que no equivale a ausencia de límites en su ejercicio, puesto que están presentes todos los que señala el Artículo 20 CE “interpretados conforme a los fines de las Fuerzas Armadas”, sobre la base de la relación de sujeción especial en que se encuentra el militar¹¹³³. Considera que uno de los sectores más conflictivos es el

Artículo 90 CPM: “El militar que de palabra, por escrito, o por cualquier medio de publicidad injuriare a los Ejércitos o Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años.

En cuanto al régimen disciplinario, véase por ejemplo el Artículo 7 LORDFAS. “Son faltas leves: [...] 29. Emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, [...] cuando no constituyan infracción más grave o delito”.

Artículo 8 LORDFAS: “Son faltas graves: [...] 11. Divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que solo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando no constituya delito”.

¹¹³² LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 531-536.

¹¹³³ STC 21/1981 de 15 junio, FJ 15: “La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «relación de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas solo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial [...]”.

ATC 375/1983 de 30 julio, FJ 2. “El derecho fundamental de libre expresión y difusión de pensamiento, ideas y opiniones, reconocido en el art. 20.1 de la C.E. no es, [...], un derecho absoluto o ilimitado, sino que se encuentra sometido a límites específicos [...] y genéricos, explícitos o implícitos [...]. No puede haber duda que, [...], la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente

relativo a las manifestaciones de contenido político con infracción del deber de neutralidad que recae sobre todo militar y se muestra especialmente crítico con la confusión del apoliticismo (imposible de erradicar) con el apartidismo, lo que lleva a prohibir que el militar se pronuncie desde el punto de vista técnico sobre temas de actualidad¹¹³⁴.

Alli Turrillas¹¹³⁵ observa que la libertad de expresión es uno de los derechos cuyo ejercicio puede resultar más limitado en las Fuerzas Armadas, debido a la existencia de una relación de sujeción especial¹¹³⁶. En el texto de las Reales Ordenanzas es fácil descubrir limitaciones a la libertad de expresión¹¹³⁷. Los tipos penales y disciplinarios están dirigidos a sancionar las infracciones al deber de reserva en asuntos de seguridad nacional o de discreción en asuntos del servicio; a sancionar las expresiones o manifestaciones contra símbolos, órganos o instituciones del Estado, así como el tolerarlas; la infracción del deber de neutralidad respecto a opciones políticas o sindicales; o la emisión de expresiones contrarias a la jerarquía o disciplina. Alli Turrillas extracta alguna jurisprudencia del TC en la que se declara constitucionalmente correcto que el legislador imponga límites al ejercicio de la libertad de expresión por los militares, siempre que esos límites respondan a principios o criterios esenciales para la organización de las Fuerzas Armadas en garantía de la disciplina y jerarquía así como de la unidad interna, lo que incluye la expresión de opiniones que susciten un indeseable debate partidista. Coincide con Casado Burbano y López Benítez en la importancia que reviste la relación entre la libertad de expresión y las cuestiones de tipo técnico-militar, puesto que si por un lado las Reales Ordenanzas animan la opinión y estimulan la colaboración profesional, por otro fijan limitaciones al

para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual - como claramente se deriva de lo dispuesto en [...] las RR.OO-. Disciplina que indudablemente condiciona el ejercicio por los militares de las libertades públicas realizadas a través de acciones colectivas en determinados supuestos, [...]”.

¹¹³⁴ López Benítez cita el caso del “Manifiesto de los cien”, como secuela del 23-F y las declaraciones al periódico “Diario 16” hechas por el Coronel Amadeo Martínez Inglés sobre la no idoneidad del sistema de servicio militar obligatorio. De la resolución de este segundo caso (STS de 11 octubre 1990, Sala de lo Militar, FD 4º), se extraen tres criterios para medir cuando el militar ha infringido su deber de neutralidad política, que son: el momento o la oportunidad, el grado militar del declarante y el carácter del medio de difusión. La conjunción estos tres induce al Tribunal a estimar que el militar ha violado su deber de neutralidad política.

¹¹³⁵ ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit. pp. 275-280.

¹¹³⁶ Restricción que, como se ha visto, dejó clara el Tribunal Constitucional en STC 21/1981 de 15 junio y ATC 375/1983 de 30 julio.

¹¹³⁷ Por ejemplo, véanse los Artículos 45, 114 o 182 ROFAS.

ejercicio de la libertad de expresión en salvaguardia de los principios básicos de la institución militar¹¹³⁸.

Peñarrubia Iza¹¹³⁹ considera que la restricción de la libertad de expresión afecta a toda la vida del militar, de tal modo que cabe hablar de “presunción de silencio”, de una obligación de guardar silencio en todo momento, cuyos efectos se notan incluso en la interposición de recursos administrativos o jurisdiccionales¹¹⁴⁰.

Fernández Segado¹¹⁴¹, llama la atención sobre el hecho de que la ley disciplinaria militar no se ha limitado a respaldar esa “autorización previa para su ejercicio” para determinadas cuestiones, que exige el Artículo 178 ROFAS, sino que ha ampliado estas imitaciones a la libertad de expresión al considerar faltas la emisión o mera tolerancia de expresiones contrarias a símbolos, instituciones y autoridades del Estado, incluyendo además la expresión pública de opiniones que entrañen infracción del deber de neutralidad o que afecten al debido respeto a las decisiones judiciales¹¹⁴².

¹¹³⁸ Por ejemplo, el Artículo 72 ROFAS: “[...] el hablar pocas veces de la profesión militar son pruebas de gran desidia e ineptitud para la carrera de las armas”. O el Artículo 117 ROFAS: “Preparara y transmitirá con fidelidad, claridad y oportunidad las directivas y ordenes derivadas de la decisión del jefe. Antes de que este la haya tomado podrá proponerle cuantas sugerencias estime adecuadas; pero una vez adoptada, la aceptara y defenderá como si fuera propia, ayudando a lograr su correcta ejecución”.

¹¹³⁹ PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp.176-181.

¹¹⁴⁰ Véase STC 371/1993 de 13 diciembre. A juicio de Corrales Elizondo, esta Sentencia integra y estructura la jurisprudencia que, de manera reiterada y prácticamente universal, ha mantenido el Tribunal Constitucional. Véase CORRALES ELIZONDO, Agustín: “Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas”, en García Lozano, Carlos (Director), *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Estudios de Derecho Judicial 112, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 81.

Véase también STC 288/1994 de 27 octubre.

¹¹⁴¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “Las restricciones de los derechos de los militares...”, cit. pp.108-109.

¹¹⁴² Artículo 7 LORDFAS. “Son faltas leves: [...] 29. Emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones y poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así como contra los representantes de otras naciones, las Fuerzas Armadas y los Cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus mandos y autoridades militares cuando no constituyan infracción más grave o delito. [...] 31. Expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales o que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia”.

Artículo 8 LORDFAS. “Son faltas graves: [...] 11. Divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que solo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando no constituya delito. [...]18. Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo. [...] 32. Emitir o tolerar manifiesta y públicamente expresiones contrarias,

Jiménez Villarejo opina que, en lo referente a la libertad de expresión, el militar profesional se mueve en un marco más restringido “como consecuencia de la contención que les imponen, en la expresión de sus opiniones, determinados principios y valores a los que deben una especial fidelidad por lo que su trasgresión está contemplada en normas jurídicas sancionadoras”¹¹⁴³.

Llorente Sagasetta considera que las razones justificativas de las limitaciones de ciertos derechos y libertades pueden obedecer, en el caso del militar, a las siguientes causas: evitar “que quienes han recibido de la comunidad las armas para su protección y defensa, se conviertan en opresores o tiranos de esa misma comunidad”, así como los principios de supremacía civil, neutralidad política, disciplina, unidad, Defensa Nacional y secreto militar¹¹⁴⁴.

La faceta **pasiva** de la libertad de expresión, es decir, el derecho a comunicar o recibir información veraz, se trataba en el Artículo 179 ROFAS, ya derogado por la vigente LCM:

“Los componentes de las Fuerzas Armadas tienen derecho a la posesión y utilización de medios de comunicación social dentro de los recintos militares. No obstante, cuando razones de seguridad nacional, exigencias de la disciplina o defensa de la unidad de las Fuerzas Armadas así lo requieran, podrá limitarse el ejercicio de este derecho por el Ministro de Defensa o, en caso de urgencia, por la autoridad militar competente, quien habrá de someter su decisión al refrendo de dicho Ministro”.

Esta reserva a favor del Ministro de Defensa o autoridad militar con refrendo, parece una clara e inaceptable limitación al ejercicio pasivo de la libertad de expresión y sin embargo tiene apoyos tanto en la jurisprudencia del TEDH

realizar actos irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones o poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así como contra los representantes de otras naciones, las Fuerzas Armadas y los Cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar; así como sus mandos y autoridades militares cuando no constituyan infracción más grave o delito”.

¹¹⁴³ Los puntos de referencia para delimitar ese marco son: el deber de discreción y reserva; el deber de sometimiento al Rey, al ordenamiento constitucional, al Gobierno y de respetuosa armonía con los poderes del Estado; el deber de neutralidad política; la disciplina y la unidad de las Fuerzas Armadas. Véase JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: “Derechos y deberes del militar...”, cit. pp. 461-463.

¹¹⁴⁴ Véase LLORENTE SAGASETA, José María: “Límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas”, en García Lozano, Carlos (Director), *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Estudios de Derecho Judicial 112, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 470-477.

como en el ámbito comparado¹¹⁴⁵. Parece que esta limitación gubernativa de un derecho fundamental en ausencia de los supuestos declarados del Artículo 116 CE, es una previsión que se asentó en las ROFAS con un marcado carácter coyuntural, porque cuesta creer hoy que la posesión de un periódico o la visión de un programa de televisión en un recinto militar, atente a la disciplina, seguridad nacional o unidad de las Fuerzas Armadas, por lo que, para comprender actualmente esta limitación, al menos habría que sustituir el concepto estático de "recintos militares" por el dinámico de la "situación" bien en operaciones o en otras actividades¹¹⁴⁶.

La legislación aplicable a las fuerzas armadas de **otros países** del entorno occidental responde, en general, a parecidos criterios de discreción y autorización previa cuando se traten públicamente asuntos sensibles para la defensa nacional, el Ejecutivo o la propia institución armada. Así, en Estados Unidos se exige la presentación de los originales de toda publicación obra de un militar, previa a la difusión, para comprobación de que no se arroga la representación de sector alguno de las fuerzas armadas, y en Francia se creó en 1975 un "Comité de lectura" cívico-militar que, a requerimiento del interesado, emitía dictámenes no vinculantes sobre la procedencia de una futura publicación.

Para comprender la **doctrina del TEDH** sobre la libertad de expresión es necesario tener presente las dos partes complementarias en que se articula su

¹¹⁴⁵ Como es el caso de Francia, véase «*Loi adopté par le Parlement le 15 mars 2005 portant statut général des militaires*», cuyo Artículo 4 acoge las facetas activa y pasiva del ejercicio de la libertad de expresión.

Article 4 : «Les opinions ou croyances, notamment philosophiques, religieuses ou politiques sont libres. Elles ne peuvent cependant être exprimées qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire. Cette règle s'applique à tous les moyens d'expression. [...] Indépendamment des dispositions du code pénal relatives à la violation du secret de la défense nationale et du secret professionnel, les militaires doivent faire preuve de discrétion pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la loi, les militaires ne peuvent être déliés de cette obligation que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent. L'usage de moyens de communication et d'information, quels qu'ils soient, peut être restreint ou interdit pour assurer la protection des militaires en opération, l'exécution de leur mission ou la sécurité des activités militaires».

¹¹⁴⁶ Fernández Segado considera que la normativa reguladora de la libertad de expresión de los militares muestra una profunda separación entre la definición del derecho y las limitaciones para su ejercicio, además, estas limitaciones se apoyan en cláusulas generales o conceptos jurídicos vagos como la seguridad nacional, por no hablar de la remisión del Artículo 179 ROFAS al Ministro de Defensa, en cualquier caso, la inseguridad jurídica del régimen aplicable es cierta. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: "Las restricciones de los derechos de los militares...", cit. p.109.

reconocimiento según el Artículo 10 CEDH¹¹⁴⁷, que si por una parte proclama el derecho a la libertad de expresión, por otra permite a los Estados restringir o sancionar su ejercicio en determinadas circunstancias¹¹⁴⁸.

“El artículo 10 no se para en la puerta de los cuarteles. Vale para el personal militar como para todas las demás personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte. No obstante, como ha dicho el Tribunal en otras ocasiones, debe estar abierta para el Estado la posibilidad de imponer restricciones a la libertad de expresión cuando existe una verdadera amenaza para la disciplina militar, porque el funcionamiento eficaz de un Ejército no se puede imaginar sin la existencia de reglas jurídicas destinadas a salvaguardar esta disciplina”¹¹⁴⁹.

En coherencia con la relevancia general de las libertades públicas y, dentro de estas, la marcada trascendencia de la libertad de expresión en el contexto de una sociedad democrática, el TEDH ha hecho una interpretación expansiva de la libertad de expresión, considerando que para que una injerencia sea compatible con el Artículo 10 TEDH debe ajustarse a **tres** requisitos o **exigencias**.

La primera es que la restricción de la libertad de expresión debe estar prevista por la ley, para lo que es preciso tener presente que el TEDH no considera el término “ley” en el sentido estricto de norma aprobada por el Parlamento, entendiendo además que engloba tanto el derecho escrito como el

¹¹⁴⁷ Artículo 10 CEDH: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

¹¹⁴⁸ Véase en su totalidad FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 70, octubre-diciembre 1990, CEC, pp.93-124.

También puede verse PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María: "La doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos sobre el personal militar", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 79, enero-junio 2002, pp.29-59. Relativo a la libertad de expresión se comentan varias sentencias: STEDH de 16 diciembre 1992 (Asunto *Hadjianastassiou* contra Grecia), STEDH de 19 diciembre 1994 (Asunto *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs* y *Gubi* contra Austria), STEDH de 25 noviembre 1997 (Asunto *Grigoriades* contra Grecia).

¹¹⁴⁹ STEDH de 26 septiembre 1995 (*Vogt* contra Alemania).

no escrito¹¹⁵⁰. A la vez, impone condiciones para que la injerencia pueda considerarse como “prevista por la ley”, es decir, que la ley sea accesible por la constatación de que los demandantes han tenido los elementos necesarios para conocer de su existencia, según las circunstancias del caso, y que esta ley sea previsible por estar formulada de manera suficientemente precisa como para que el ciudadano pueda adecuar su conducta a ella o prever las consecuencias de su incumplimiento.

La segunda es que la injerencia sea legítima, es decir, que persiga uno de los objetivos contenidos en el Artículo 10.2 CEDH, debiendo tener presente que es el TEDH quien precisará el sentido concreto de estos objetivos, en cada caso conforme a las circunstancias, lo que quiere decir que el sentido de estos no tiene por que coincidir con su significado en el derecho interno de los Estados, lo que reviste importancia dado que el mencionado Artículo contiene conceptos jurídicos indeterminados¹¹⁵¹.

La tercera es que la injerencia sea necesaria en una sociedad democrática, en razón de las responsabilidades que conlleva el ejercicio de la libertad de expresión. El problema es cómo determinar esa necesidad¹¹⁵². Tras distinguir el término “necesidad” de otros parecidos, el TEDH conviene en que este significa “necesidad social imperiosa” o “imprevista” y afirma que el Artículo 10 CEDH también ampara las expresiones que puedan chocar, inquietar u ofender, como es propio de una sociedad democrática en los que están presentes el pluralismo y la tolerancia, lo que implica que toda restricción, sanción o formalidad impuesta al ejercicio de la libertad de expresión debe estar proporcionada al fin legítimo perseguido y que, además, tiene que fijarse de una manera convincente.

Conviene recordar que las garantías del CEDH tienen carácter subsidiario respecto a los sistemas nacionales y en esta línea, el TEDH ha resaltado la mejor posición de las autoridades de los Estados para apreciar y pronunciarse sobre el contenido de los límites del Artículo 10.2 CEDH y sobre la necesidad de una

¹¹⁵⁰ Fernández Segado justifica esta amplitud en la necesidad del TEDH de interpretar de forma conciliadora dos textos del Convenio, en inglés y en francés, auténticos pero no concordantes. Véase en FERNÁNDEZ SEGADO, F. “La libertad de expresión...”, cit. pp.103-104.

¹¹⁵¹ Por ejemplo, en la STEDH de 8 junio 1976 (Caso Engel), el TEDH interpretó el término “orden” no solo como “orden público” sino como el que debe reinar en el seno de las Fuerzas Armadas, como grupo particular cuyo desorden puede incidir sobre la sociedad entera (fundamento de derecho III, a).

¹¹⁵² El Tribunal lo abordó en su STEDH de 7 diciembre 1976 (Caso Handyside).

restricción o sanción, sin que esto signifique atribuir a los Estados un poder ilimitado de apreciación, ya que este poder está ligado a la supervisión europea, en razón de la cual el TEDH se asegurará de que la injerencia en cuestión es la necesaria en razón de las circunstancias precisas del caso.

El TEDH ha aceptado las restricciones a la libertad de expresión de los militares conforme al Artículo 10.2 CEDH y, aunque su jurisprudencia parte de que la libertad de expresión es aplicable a los militares como ciudadanos ordinarios, reconoce que el Estado puede interferir con injerencias en el ejercicio de esta libertad de expresión, que solo serán legítimas si están previstas por ley, persiguen los fines del Artículo 10.2 CEDH y son necesarias en una sociedad democráticas tras superar un juicio de razonabilidad. Aunque no se cite a los militares en el Artículo 10.2 CEDH como sujetos de restricciones en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información, parece claro que entran en ese amplio espectro de limitaciones¹¹⁵³.

Aunque referida al servicio militar, una de las sentencias de más impacto y más citadas es el Caso Engel (STDH de 8 junio 1976) en la que se hacen precisiones sobre el alcance de la libertad de expresión en el ámbito militar, cuyas limitaciones se establecen en lo necesario para una sociedad democrática con la finalidad de defender el orden que debe reinar en un grupo social particular como el que constituyen las Fuerzas Armadas, ya que el desorden en este grupo puede trascender a la sociedad entera. La doctrina establecida por esta Sentencia ha sido recibida y empleada por el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones¹¹⁵⁴.

Aunque el Artículo 20 CE diseña el derecho a la libre expresión con la máxima amplitud y no menciona límite alguno para los militares, la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido la existencia de restricciones para el ejercicio de tal libertad, reiterando que hay grupos de ciudadanos sometidos a límites mas estrictos o específicos por razón de la función desempeñada y que esas limitaciones son especialmente singulares tratándose de miembros de las

¹¹⁵³ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), señala en su Artículo 19 que, dado que el ejercicio de la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales, puede estar sujeto a ciertas restricciones, necesarias y fijadas por la ley, para la protección de la seguridad nacional o el orden público, entre otros bienes.

¹¹⁵⁴ Por ejemplo, se cita el caso Engel en ATC 103/2000, ATC 340/1996, STC 14/1999, STC 21/1981, STC 24/1999, STC 56/1997, STC 196/1991, STC 288/1994, STC 371/1993.

Fuerzas Armadas, ya que las características de jerarquización, disciplina y unidad, resultan indispensables para el cumplimiento de los fines de la organización militar¹¹⁵⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que el ejercicio del derecho de los militares a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, puede sufrir mayores restricciones, sin mengua del principio de igualdad, siempre que estén justificadas conforme a tres parámetros: causa razonable, proporcionalidad con los fines y regulación por ley¹¹⁵⁶. En el caso de los militares, el TS ha hecho un evidente esfuerzo doctrinal con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, procurando que la necesaria garantía de la disciplina y la neutralidad política no reduzca a los militares al silencio, lo que sería tanto como privarles de ese derecho fundamental¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁵ Véase STC 270/1994 de 17 octubre. FJ 4: "Por lo que se refiere, más en concreto, a la libertad de expresión en el seno de las Fuerzas Armadas [...], en nuestro Auto de 30 de julio de 1983 (ATC 375/1983) subrayábamos, asimismo, la necesidad de ponderación de los límites del derecho a la libertad de expresión de sus miembros integrantes en atención a la subordinación jerárquica y a la disciplina que resultan necesarias para el cumplimiento de las funciones que la Constitución les encomienda [...]. Y más recientemente, en nuestra Sentencia de 13 de diciembre de 1993 (STC 371/1993), tras reiterar que hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites más estrictos o específicos en cuanto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por razón de la función que desempeñan, hacíamos notar, en la misma línea marcada en análogos supuestos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho garantizado en el art. 10 del Convenio (por todas, Sentencia del T.E.D.H. de 8 de junio de 1976 en el caso Engel y otros), que tales limitaciones presentan especial singularidad cuando se trata de miembros de las Fuerzas Armadas, ya que no debe olvidarse que resultan indispensables a la organización militar, para poder cumplir sus fines, las características de profunda jerarquización, disciplina y unidad (fundamento jurídico 4.), las cuales se verían en entredicho de quedar amparadas bajo el manto protector de la libertad de expresión conductas que, como la que dio lugar a los expedientes abiertos al solicitante de amparo, son claramente indicativas de una desmesura en el ejercicio de la crítica a determinados aspectos de la actuación del Instituto armado [...]."

¹¹⁵⁶ STS de 11 octubre 1990, Sala de lo Militar, FD Sexto: "El derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones», que se reconoce en el art. 20.1, a), de la Constitución, es un derecho fundamental pero no absoluto e ilimitado. Si esto es así para cualquier ciudadano, existen grupos o sectores de la sociedad para cuyos miembros el ejercicio de tal derecho puede estar sometido a restricciones mayores que las que afectan a la generalidad, sin mengua del principio de igualdad, siempre que la restricción esté justificada por causas razonables, sea proporcional a los fines que se pretende conseguir con ella y se regule por ley que deberá ser orgánica por imperativo del art. 81.1 de la Constitución. Uno de tales grupos, sin duda alguna, es el que componen los militares.[...]."

¹¹⁵⁷ Véanse SSTs de 5 noviembre 1991, 24 noviembre 1992, 11 octubre 1990, de 19 abril 1993, de 16 junio 1993.

No obstante, Peñarubia es crítico con el intento jurisprudencial de justificar la restricción sobre la base de un aspecto objetivo, las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas, y otro subjetivo, la voluntariedad en la incorporación a ellas. Considera este argumento de la voluntariedad inservible para explicar las restricciones a la libertad de expresión y cree que el Tribunal Supremo debe crear doctrina sobre la base de las relaciones de sujeción especial en el actual marco constitucional, por ejemplo, sobre el respeto de un valor esencial como la disciplina,

Los **límites** específicos y genéricos, explícitos o implícitos, que enmarcan el ejercicio por los militares del derecho fundamental de libre expresión y difusión del pensamiento, ya fueron precisados por el Tribunal Constitucional en ATC 375/1983 de 30 julio (FJ 2) cuya doctrina fue posteriormente reiterada¹¹⁵⁸. Orden jerárquico, cohesión y disciplina son condicionantes claros para que los militares ejerciten su derecho a la libertad de expresión¹¹⁵⁹.

Los derechos comprendidos en el Artículo 20 CE estudiados, tienen en común que no podrán ser sometidos a censura previa. Esta **prohibición de censura previa** es una de las garantías específicas, constitucionalmente establecida, que protege el ejercicio de la libertad de expresión y está configurada como absoluta, puesto que no puede adoptarse ni en los supuestos de los estados de alarma, excepción y sitio¹¹⁶⁰. El Tribunal Constitucional definió la censura previa en sentido amplio, aunque del análisis de su jurisprudencia puede reducirse algo el concepto, porque el carácter previo es insuficiente como

como apoyo para limitar la libertad de expresión. PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp.177-178.

¹¹⁵⁸ ATC 375/1983 de 30 julio, FJ 2: "El derecho fundamental de libre expresión y difusión de pensamiento, ideas y opiniones, reconocido en el art. 20.1 de la C.E. no es, como parece innecesario subrayar, un derecho absoluto o ilimitado, sino que se encuentra sometido a límites específicos -cual los señalados en el núm. 4 de dicho art. 20-, y genéricos, explícitos o implícitos cuales los precisados en los arts. 1.1, 9.1 y 10.1 de la C.E. y en el art. 26 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional y Organización Militar 6/1980, de 1 de julio, derivada del art. 8.2 de la propia C.E., que remite a las RR.OO. para las obligaciones, normas de conducta, deberes y disciplina del personal militar, con el contenido señalado en los arts. 169, 177, 178 y 203.[...] No puede caber duda que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 de la C.E., representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines, de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y su ordenamiento constitucional. A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual -como claramente se deriva de lo dispuesto en los arts. 1, 10 y 11 especialmente, así como en el 25, 28, 32, 42, 47, 177 y 203 de las RR.OO-.[...]"

También ATC 216/1984 de 4 abril.

¹¹⁵⁹ Véase STC 371/1993 de 31 diciembre, Antecedentes 7: "La necesaria disciplina -«ordenada y estricta observancia del sistema normativo» (Sentencia del T.S. de 22 de marzo de 1989) para garantizar la cohesión y el mantenimiento del orden en los Ejércitos, necesarios para asegurar su eficacia en el cumplimiento de los fines que tienen asignados- condiciona así el ejercicio por los militares de su derecho fundamental a la libertad de expresión, pues «allí donde la neutralidad política es un deber legal indiscutido y la manifestación del conflicto ideológico está proscrita - como ocurre en el ámbito de las Fuerzas Armadas por motivos que guardan una directa relación con el valor de la unidad-, tendrá que reputarse lógico y razonable que se someta a límites estrictos una actividad que en el resto de la sociedad debe encontrar, en cambio, las mayores facilidades» (Sentencia del T.S., Sala de lo Militar, de 5 de noviembre de 1991)".

¹¹⁶⁰ Véase Ley Orgánica 4/1981 de 1 junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, Artículo 21.2.

fundamento exclusivo para incluirla en el supuesto del Artículo 20.2 CE, entre otras razones porque puede ser difícil calificar como previa una restricción; también porque la exigencia de una autorización previa como condición indispensable para perfilar la garantía, induce a creer que puede haber otros modos de censura en que la autorización no sea elemento esencial, porque el TC habla de medidas que hagan depender la elaboración o difusión del mensaje, especialmente, del previo examen oficial de su contenido; por último, que la autorización se conceda o no en función del examen oficial del contenido, implica que este examen es el elemento esencial o decisivo para poder calificar la intervención pública como censura, dejando fuera otras posibles intervenciones como las cautelares¹¹⁶¹.

A modo de **resumen**, consignaremos algunas ideas o puntos de interés:

- La posición preferente de la libertad de expresión, condiciona en cierto modo los criterios interpretativos de otros derechos con los que se asocia su ejercicio.

- Es constitucionalmente posible construir ciertas limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión del funcionario en razón de datos objetivos, como la categoría jerárquica o cargo ocupado, o si la libertad de expresión se ejerce en calidad de funcionario o solo de ciudadano, o si se compromete el buen funcionamiento del servicio o se pone en entredicho públicamente la autoridad de los superiores.

- La libertad de expresión del militar está condicionada por razones de seguridad nacional, entre las que brilla la preservación de la neutralidad política. El problema es que el blindaje legislativo de que está revestido su ejercicio llega a dificultarlo en extremo, reduciendo al silencio al militar por no tener claro si puede o no puede expresarse. Por esto la jurisprudencia se ha esforzado en fijar criterios para constatar la infracción del deber de neutralidad política, como son la

¹¹⁶¹ Véase STC 52/1983 de 17 junio, FJ 5: "[...] censura previa, [...] cabe decir que por tal puede entenderse cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido, y siendo ello así parece prudente estimar que la Constitución, precisamente por lo terminante de su expresión, dispone eliminar todos los tipos imaginables de censura previa, aun los más débiles y sutiles, que [...] tengan por efecto no ya el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su art. 20.1, [...]". En el mismo sentido, véase STC 13/1985 de 31 enero, FJ 1.

oportunidad, el medio y el grado militar del declarante. A esto se añade la necesidad de que la libertad de expresión responda a los principios y criterios esenciales de organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas, manifestados en la preservación de la jerarquía, disciplina y unidad.

- La exigencia de autorización previa colisiona con la prohibición constitucional de cualquier tipo de censura previa, lo que además plantea problemas de inseguridad jurídica por el empleo de conceptos jurídicos indeterminados.

- Posiblemente habría que reconsiderar la interpretación amplia del concepto de disciplina que se hace en las Reales Ordenanzas.

- En cualquier caso, las limitaciones en el ejercicio de la libertad de expresión son posibles a la vista de la jurisprudencia del TEDH y también existen en otros países del entorno, por lo que quizás cabe únicamente una reconsideración de conjunto del tratamiento que actualmente recibe en la legislación específica (ROFAS, CPM, LRDFAS) que es claramente expansiva en los supuestos que contempla, a la búsqueda de elementos correctores alternativos y menos lesivos para el ejercicio de este derecho fundamental, que los ahora existentes. En particular, el juego de la autorización previa y las sanciones penales o disciplinarias, o la emisión de opiniones técnicas. Todo con la finalidad de abrir el ejercicio de la libertad de expresión, de buscar su realización plena, que ahora parece cohibida por la inseguridad de su ejercicio y la contundencia de las sanciones; prueba de esto es que, salvo casos de opiniones de evidente carácter técnico o interesadamente emitidas o interpretadas, por su resonancia en los medios, parte de las sentencias en que aparece la libertad de expresión ejercida por los militares está asociada al empleo de expresiones relacionadas con el ejercicio del derecho de defensa.

En síntesis, por la vía de la jurisprudencia del TC se suavizan restricciones, dado que el *favor libertatis* está claramente presente en su interpretación de los preceptos constitucionales.

6.3.2. DERECHO DE REUNION Y MANIFESTACION.

Conviene recordar que la prohibición de censura previa del Artículo 20 CE se refiere a la autoridad gubernativa, sin que por ello se impida la actuación de los órganos judiciales. Al respecto, véase

Artículo 21 CE: "1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes".

En España, el derecho de reunión aparece en la Constitución de 1869 (Artículo 17), aunque existen antecedentes en las primeras Cortes del *Trienio Liberal* (1820) en el intento por legalizar las Sociedades Patrióticas. Siendo Cánovas Ministro de Gobernación, el 22 junio de 1864 se publica una ley que es la primera regulación específica del derecho de reunión, si bien con carácter fuertemente restrictivo. Tras la Revolución de 1868, siendo Sagasta Ministro de la Gobernación del Gobierno Provisional, firma el Decreto de 1 de noviembre 1868 reconociendo "el derecho de reunión pacífica para objetos no reprobados por las leyes", con limitaciones como la necesidad de notificar a la autoridad local con al menos veinticuatro horas de antelación y la prohibición de concurrir con armas, en cuyo caso las reuniones públicas perderían su carácter de pacíficas¹¹⁶². Pero a los pocos días de este Decreto, el general Prim emitió una Circular¹¹⁶³ prohibiendo la participación de los militares en reuniones o manifestaciones de objeto político, cualquiera que fuera este, filosofía que se mantuvo y reiteró en la Ley Constitutiva del Ejército de 1878¹¹⁶⁴. En el primer Gobierno de la Restauración, se publicaba la Real Orden de 7 febrero de 1875 que supedita las

MONTILLA MARTOS, J. A.: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*, cit. pp.195-196.

¹¹⁶² Publicado en la Gaceta de Madrid del lunes 2 de noviembre 1868, p.2.

¹¹⁶³ "...es preciso que V.E. le haga comprender al mismo tiempo, que ni para la defensa de la patria, ni para la guarda de la ley, ni para la seguridad del orden público, el Ejército tiene otra fuerza moral y material que la que le da la unidad de su espíritu y su acción; que esta unidad no tiene otra forma que la de su disciplina y que las manifestaciones y los actos espontáneos, de cualquier género que sean, son su negación mas completa y ponen el brazo fuerte de la Nación a merced de las sugerencias de los partidos, de los grupos, acaso de las individualidades que le son esencialmente mas hostiles. Es, pues, necesario que V.E. no consienta que las clases militares tomen parte en ninguna de las asociaciones o reuniones, mas o menos públicas, impulsadas o dirigidas a la expresión de una idea o de un objeto político, sea el que fuere [...]. Lo que es lícito a los ciudadanos, que no pueden ejercer en la opinión de los demás otra coacción que la de su pensamiento o su interés aislado, puede considerarse hasta punible en los que tienen la influencia del mando o de la categoría en el elemento armado por el Estado para hacer respetar la ley por los que la desacatan o la olvidan [...]". (Gaceta de Madrid, 6 noviembre 1868, páginas 2 y 3. Ministerio de la Guerra. Circular. Firmada por Juan Prim).

¹¹⁶⁴ Artículo 28: "Queda prohibida a todo individuo del Ejército la asistencia a las reuniones políticas, incluso las electorales, salvo el derecho a emitir su voto si la ley especial se lo otorga". Véase en Gaceta de Madrid, nº. 334 del sábado 30 noviembre 1878, pp. 601-602.

reuniones al permiso previo del Gobernador para hacer compatible su ejercicio con el necesario orden público. La posterior Ley de 15 de junio 1880 reconocía el derecho de reunión pacífica sin más condición, cuando fuera pública, que dar conocimiento por escrito y con veinticuatro horas de antelación al Gobernador civil o a la Autoridad local correspondiente, que podía suspender o disolver el acto en los casos previstos en la misma ley¹¹⁶⁵. El Artículo 38 de la Constitución de 1931 reconocía el derecho reunión, pacífica y sin armas, si bien remitía a un desarrollo por ley especial del derecho de reunión al aire libre y el de manifestación. La Orden Circular de la Subsecretaría de Interior de 20 julio 1939, pese a su inferior rango, derogaba en la práctica la hasta entonces vigente Ley de 15 de junio 1880. La política reformista posterior se manifestó en la Ley 17/1976 de 29 mayo, reguladora del derecho de reunión, que derogó la normativa anterior y que estaba caracterizada por su actitud recelosa hacia el ejercicio de este derecho, al que ponía como límite su fin lícito, que era todo aquel no sancionado penalmente, además de otros relativos a la infracción de los requisitos o condiciones de la notificación o los relacionados con alteraciones graves del orden público. El Real Decreto-Ley 10/1977 de 8 febrero RDLAPS, en su Artículo 2.3 vedaba a los militares la asistencia a cualquier reunión o manifestación promovida por partidos, grupos o asociaciones políticas, empleando un criterio especialmente restrictivo y con una redacción poco afortunada. El Real Decreto 706/1977 de 1 de abril, que desarrolló el anterior citado, previó la exención de responsabilidad de los militares que resultaran sorprendidos en una reunión o manifestación permitida cuando esta cambiara inesperadamente de naturaleza, siempre que fueren ajenos a la provocación de este hecho¹¹⁶⁶.

El derecho de reunión y manifestación se presenta ligado a los de expresión y asociación. También se vincula con el de participación política, las

¹¹⁶⁵ Véase en Gaceta de Madrid, nº. 168 del miércoles 16 junio 1880, p. 671.

¹¹⁶⁶ Para las vicisitudes históricas de la recepción del derecho de reunión hasta la Segunda República, véase FLAQUER MONTEQUI, Rafael: "Los derechos de asociación, reunión y manifestación", en Flaquer Montequi, Rafael (ed.), *Derechos y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp.155-168.

Sobre el concepto de libertad de reunión, su historia, recepción y desarrollo en España, incluido el régimen de Franco, véase PECES-BARBA, QUADRA SALCEDO, MOHEDANO, GONZÁLEZ: *Sobre las libertades políticas en el Estado español...*, cit. pp.81-97.

libertades sindicales o el de huelga, por lo que el derecho de reunión es calificable como un derecho instrumental¹¹⁶⁷.

La libertad de reunión comprende dos aspectos, uno estático, que son las reuniones propiamente dichas y otro dinámico, que implica movimiento, como las manifestaciones. En sentido estricto, el derecho de reunión puede definirse como el derecho de agruparse con otras personas por un tiempo y con una finalidad determinados y con una organización mínima, en lugar abierto o cerrado, para intercambiar ideas u opiniones o defender intereses comunes. De manera que la finalidad de una reunión suele ser la exposición de ideas y opiniones y su intercambio, así como alcanzar acuerdos para la promoción y defensa de intereses que afectan a los reunidos. Cuando esta reunión se produce en espacios abiertos y en movimiento, se le llama manifestación, que se puede definir como “el derecho a agruparse con otras personas para circular por un tiempo y un fin determinado por la vía pública, expresando una opinión, conmemorando un hecho pasado, manifestando una protesta o reivindicando un derecho o interés”¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁷ “Asociarse es el acto por el que una serie de individuos unen sus esfuerzos mancomunadamente con el fin de alcanzar unas metas comunes. Existe reunión cuando se congregan determinados sujetos para tratar, de forma previamente convenida y de manera temporal, sobre cualquier asunto que, en principio, les concierne individual y colectivamente. En tanto que la manifestación supone la existencia ya de un cierto grado de presión, que se materializa por medio de una concentración, generalmente al aire libre, cuyo objeto es reivindicar o expresar una postura determinada”. FLAQUER MONTEQUI, R.: “Los derechos de asociación, reunión y manifestación”, cit. p.155.

STC 85/1988 de 28 abril FJ 2: “Históricamente, el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, que mantiene en la actualidad una tan íntima conexión doctrinal con ellos, que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo -una agrupación de personas-, el temporal -su duración transitoria-, el finalístico -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración. [...]. Estas dos notas esenciales que dejamos destacadas -conurrencia concertada y carácter externo del fin concreto de la reunión- son predicables del concepto de derecho de reunión reconocido en el art. 21 de la Constitución, pues la ausencia de definición del derecho en este precepto constitucional, [...] viene suplida en el art. 1 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, cuyos términos permiten sostener que, en nuestro ordenamiento jurídico, son elementos delimitadores o definidores del derecho de reunión, entre otros, el concierto de las personas que reúnen y la presencia de un fin lícito que actúa como condición externa de legitimidad del derecho [...]”.

¹¹⁶⁸ Véase PECES-BARBA, QUADRA SALCEDO, MOHEDANO, GONZÁLEZ: *Sobre las libertades políticas en el Estado español...*, cit. pp. 81-83.

Se pueden distinguir varias modalidades en el ejercicio del derecho de reunión. Una la constituyen las reuniones que tiene una regulación específica y cuyo régimen está protegido también por otros derechos fundamentales, como es el caso de las celebradas en domicilios particulares, amparadas por el derecho a la intimidad personal y familiar así como la inviolabilidad de domicilio (Artículo 18 CE). Otra modalidad es la celebración de reuniones en locales cerrados, públicos o privados, convocadas por personas físicas o para fines propios, como los societarios; en esta modalidad se incluyen las celebradas en recintos militares, que se rigen por su normativa específica. La tercera modalidad la constituye la celebración de otras reuniones en lugar cerrado y las celebradas en lugar público así como las manifestaciones, que se rigen por la Ley Orgánica 9/1983 de 15 julio, reguladora del derecho de reunión (LODR), que actúa además con carácter general y supletorio respecto de cualquier otra regulación del ejercicio de este derecho.

El derecho de reunión constitucionalmente reconocido afecta solo a las reuniones públicas y no a las privadas, que suelen soportar un régimen jurídico más benévolo.

El concepto vigente de reunión está expresado en el Artículo 1 LODR, entendiéndose por tal “la concurrencia concertada y temporal de mas de veinte personas, con finalidad determinada”, que suele materializarse en la expresión de unas ideas, generalmente con fines reivindicativos. En otro caso, se trataría de meras aglomeraciones, no amparadas por el Artículo 21 CE, cuyo primer punto se refiere a las reuniones que se celebren en lugares cerrados o abiertos pero que no sean de tránsito público y el segundo recoge unos supuestos específicos del mismo, las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones.

El único requisito que se exige con carácter general es que la reunión sea pacífica y sin armas, ampliando el concepto de estas a cualquier instrumento que pueda ser utilizado como tal.

En cuanto a las reuniones que se celebren en lugares de tránsito público, estáticas o ambulatorias (manifestaciones), cuentan con una regulación especial porque la afectación de otros derechos o bienes será más intensa que en las reuniones que se celebran en lugares cerrados; por lo que el texto del artículo exige que en esos supuestos la reunión se comunique previamente a la autoridad

competente, que podría prohibir la manifestación cuando existan fundadas razones para presumir la alteración del orden público, que habrá de ser entendido de forma restrictiva y de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento, además de que debe existir peligro para personas o bienes.

La Ley Orgánica 9/1983 LODR desarrolla el sistema de comunicación y/o prohibición de las reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público y excluye de su ámbito a las celebradas en unidades, buques y recintos militares, que se regirán por su legislación específica¹¹⁶⁹. En cualquier caso, las manifestaciones que no se ajusten al régimen de la LODR no tienen por que ser ilegales, solo que no están amparadas por esta, salvo que se incurra en un tipo penal, por lo que si no hay alteraciones del orden público y no se incurre en otro motivo expreso de ilegalidad no tienen por qué ser disueltas.

Son titulares del derecho de reunión tanto los ciudadanos españoles como los extranjeros y, entre aquellos, los militares son los que sufren una limitación mayor con referencia a otros colectivos como puede ser el de los jueces y fiscales¹¹⁷⁰.

La Constitución de 1978 no establece limitación alguna al ejercicio del derecho de reunión por los militares, si bien su regulación orgánica remite a la legislación específica militar (Artículo 4. 4º LODR).

¹¹⁶⁹ Artículo 2 LODR: "Se podrá ejercer el derecho de reunión sin sujeción a las prescripciones de la presente Ley Orgánica, cuando se trate de las reuniones siguientes: [...]e) Las que se celebren en unidades, buques y recintos militares, a las que se refieren las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que se regirán por su legislación específica".

Artículo 4 LODR: "[...] 4. La asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirá por su legislación específica".

¹¹⁷⁰ STC 115/1987 de 7 julio FJ 2: "El art. 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que «se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas», sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los «españoles», y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos [...]".

Sobre el derecho de reunión de los extranjeros puede verse LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luís: "El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm.96, abril-junio 1997, pp.185-188.

Sobre el régimen de los jueces, véase Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo 395: "No podrán los jueces o magistrados pertenecer a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos, y les estará prohibido: 1. Dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir, en su calidad de miembros del poder judicial, a cualesquiera actos o reuniones publicas que no tengan carácter judicial, excepto aquellas que tengan por objeto cumplimentar al rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el consejo general del poder judicial [...]". En el mismo sentido, véase Artículo 59 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

La LODR supuso un acercamiento a la legislación extranjera al suavizar la normativa precedente aplicable a los militares, al distinguir dos regímenes distintos sobre su asistencia a reuniones o manifestaciones legales cualesquiera que sea su carácter o promotor; si lo hacen de paisano y sin mostrar su condición, no les está prohibido; si es de uniforme o en uso de su condición militar, les está prohibido.

En cuanto a la recepción legislativa del derecho de reunión en la legislación específica militar, este se contempla en los Artículos 180 y 182 ROFAS en los que cabe subrayar la referencia a la autorización expresa para reunirse así como el mantenimiento de la neutralidad política, que junto a otros puntos de interés y restricciones están reflejados en las leyes penal y disciplinaria¹¹⁷¹.

A continuación se reseñan algunas **aportaciones doctrinales** relativas al ejercicio del derecho de reunión y manifestación por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Casado Burbano¹¹⁷² recuerda que tanto en el caso del derecho de reunión, como de manifestación se trata del ejercicio de una libertad en forma conjunta. Para delimitar su ámbito excluye las reuniones cuyo objeto sea delictivo que, para

¹¹⁷¹ Artículo 180 ROFAS: "Los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que, con carácter general o específico establezcan las disposiciones vigentes. En las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su jefe. En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo".

Artículo 182 ROFAS: "Cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional será respetada por los componentes de los Ejércitos. El militar deberá mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales, ni tolerando aquellas que se refieran al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales, dentro de los recintos militares. No podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas [...]".

TITULO QUINTO. Delitos contra la disciplina. CAPITULO I. Sedición militar. Artículo 92 CPM: "Se considerarán también reos de sedición militar los militares que, en número de cuatro o más, hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto, con las armas en la mano o con publicidad. En tales casos, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años a los meros ejecutores y la de dos a ocho años a los promotores, al cabecilla y a los oficiales y suboficiales que intervinieren.

Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio serán castigadas con la pena de tres meses y un día a un año de prisión; sin embargo podrán corregirse en vía disciplinaria, si la trascendencia fuera mínima".

Artículo 8 LORDFAS. Son faltas graves: "33. Participar en reuniones clandestinas, cuando no constituya delito. 34. Sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida, estar afiliado a alguna organización política o sindical, asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical, ejercer cargos de carácter político o sindical o aceptar candidaturas para ellos con las excepciones establecidas por las leyes [...]".

¹¹⁷² CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. pp.144-146.

los militares, están tipificadas bajo la figura de la sedición y otras. También excluye para estos aquellas de carácter político, en las que su presencia ostensible pueda poner en entredicho la neutralidad o menoscabar la cohesión de las Fuerzas Armadas.

Blanco Valdés¹¹⁷³ estima que la LODR establece un doble régimen para el ejercicio del derecho de reunión y manifestación por los militares. En razón del lugar, cuando las reuniones o manifestaciones se celebren en recintos militares, se aplicará su legislación específica, esto es, la contenida en las ROFAS traducida en la necesaria autorización del jefe de la dependencia (Artículo 2,e LODR). En razón del modo de asistencia, si se hace de uniforme o haciendo uso de la condición militar, se aplicará la legislación específica (ROFAS); en otro caso, quedarán sometidos al régimen general de los ciudadanos comunes (Artículo 4.4 LODR).

Jiménez Villarejo¹¹⁷⁴ encuentra dos razones habitualmente esgrimidas para limitar el ejercicio de la libertad de reunión a los militares: que en las reuniones se pueden difundir ideas políticas y que en ellas se prepara la defensa colectiva de intereses corporativos. Ambas razones suponen peligro para la preservación de la neutralidad política y la disciplina, por lo que se han establecido ciertas restricciones que califica de “moderadas y razonables”. Critica la dicción del Artículo 8.33 LORDFAS, que considera falta grave “participar en reuniones clandestinas, cuando no constituya delito”, por estimar poco clara la interpretación del término “clandestino”; que es lo que se hace de manera encubierta o en secreto, sin que esta sola circunstancia debiera convertir la reunión en ilícita, ya que tal ilicitud debería desprenderse del propósito de los reunidos más que de la circunstancia citada. Se apoya en el Artículo 180 ROFAS para interpretar que las reuniones clandestinas consideradas faltas graves serán únicamente las que, celebradas en unidades, buques y establecimientos, con fin lícito, no cuenten con la autorización expresa del jefe de los mismos.

Alli Turrillas¹¹⁷⁵ sintetiza el régimen que la LODR establece para los militares, en una triple solución. Libertad total para participar en las reuniones

¹¹⁷³ BLANCO VALDÉS, R. L.: *La ordenación constitucional de la Defensa*, cit. pp.97-98.

¹¹⁷⁴ JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: "Principios constitucionales. Derechos fundamentales...", cit. pp. 231-232.

¹¹⁷⁵ ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit. p. 287.

lícitas, en igualdad de régimen con los ciudadanos civiles, salvo que asistan de uniforme o haciendo uso de su condición militar, lo que provocará la aplicación de la legislación militar específica. Aplicación de la legislación militar para cualquier tipo de reunión en recintos militares, lo que implica la necesaria autorización del jefe del establecimiento. Prohibición de asistir a manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo, sobre todo si se hace ostentando la condición de militar.

López Benítez¹¹⁷⁶ constata que, en principio, la falta de límites impuestos por el texto de la Constitución, sitúa a los militares en plano de igualdad con los otros ciudadanos. Pero está claro que la realidad es otra, puesto que la LODR (Artículo 4.4) remite a su legislación específica para el caso de la asistencia de militares a reuniones o manifestaciones públicas, cuando lo hagan vestidos de uniforme o haciendo uso de su condición militar.

El régimen actual se caracteriza por su extremo casuismo, que López Benítez resume en tres situaciones. Reuniones dentro de establecimiento militar, que se pueden celebrar siempre que medie la previa autorización expresa del jefe del establecimiento y sus fines sean lícitos, es decir, que no sean de tipo político, sindical o reivindicativo, según los términos de la legislación específica militar (Artículos 180 y 182 ROFAS). Reuniones fuera de recinto militar, que pueden ser de carácter político o sindical, a las que puede asistir de paisano y sin hacer ostentación de su condición militar. Resto de reuniones para fines lícitos, a las que sí podrá asistir de uniforme. Existiendo la prohibición absoluta de asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a reuniones de carácter político o sindical.

Desde el punto de vista constitucional, López Benítez considera enteramente satisfactorio el actual régimen de ejercicio del derecho de reunión para los militares, porque la limitación existente respecto a las reuniones de carácter político y sindical se enmarca dentro de las misiones de las Fuerzas Armadas, entre las que está la garantía del ordenamiento constitucional, uno de cuyos valores básicos es el pluralismo, a favor de cuya preservación, las Fuerzas Armadas, como parte de la Administración pública que son, deben mantener una necesaria actitud de neutralidad respecto a las distintas opciones políticas; por lo que "los límites que se marcan al ejercicio del derecho de reunión por los militares

no son limitaciones específicas dirigidas a estos, sino consecuencias necesarias del carácter neutral que tienen los ejércitos". Neutralidad que resultaría comprometida por la asistencia de militares de uniforme a reuniones políticas, dada la inmediata identificación y asociación que haría la comunidad sobre el respaldo institucional de las Fuerzas Armadas a una opción política concreta. Advierte también sobre la dificultad de concreción del concepto jurídico indeterminado que supone la asistencia a reuniones "haciendo uso de su condición militar", cuya valoración dependerá de las circunstancias del caso. Asimismo advierte que una traba más para el militar pueden ser las exigencias derivadas del orden público vinculadas a la moralidad, que pueden resultar asimismo restrictivas cuando se trate de la asistencia de uniforme a determinadas reuniones.

Peñarrubia Iza¹¹⁷⁷ llama la atención sobre el hecho de que el ordenamiento jurídico no delimita los conceptos de reunión y manifestación, que pueden considerarse como dos facetas de un mismo fenómeno, una estática y otra dinámica. Considera que la mera aplicación del concepto legal de reunión ("concurencia concertada y temporal de mas de veinte personas, con finalidad determinada") conduciría al absurdo de calificar actos militares como prohibidos por la Constitución, por lo que será preciso recurrir a otras normas para perfilar las limitaciones que sufren los militares. Pese a ser posterior a la CE y ROFAS, la LODR aclara poco esta materia porque solo menciona tangencialmente el ámbito militar, remitiendo a su legislación específica. Ni la interpretación gramatical ni la histórica descubren progreso alguno de la regulación por ley orgánica respecto a la anterior de las ROFAS; hasta que la derogada ley disciplinaria militar (LO 12/1985) perfiló el derecho de reunión de los militares, que se mantiene en los actuales apartados 33 y 34 del Artículo 8 (LORDFAS 8/1998), de cuya interpretación en sentido contrario cabe deducir que la asistencia de un militar a una reunión o manifestación clandestina, vestido de paisano y sin hacer valer su condición militar, no es motivo de falta grave; aunque no podrá participar nunca en una reunión de carácter reivindicativo, que se mantiene en el Artículo 180 ROFAS y que podría hacerle incurrir en la falta grave del Artículo 8.18 LORDFAS

¹¹⁷⁶ LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 527-530.

¹¹⁷⁷ PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp.182-186.

por formulación de reclamaciones, peticiones o manifestaciones con carácter colectivo o incluso en el delito de sedición, caso de reunir los requisitos del Artículo 92 CPM.

Fernández Segado¹¹⁷⁸ coincide con otros en que dado el silencio de la LODR acerca de la asistencia a reuniones, de militares de paisano y sin hacer uso de su condición, cabe deducir que en estos casos les será aplicable el régimen general sin especialidad alguna y ello pese a la prohibición de “tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo” que estableció el Artículo 180 ROFAS.

En el ordenamiento **internacional**, el CEDH contempla la posibilidad de restringir legítimamente este derecho, limitaciones que en el caso de los militares estarían fundadas en las medidas necesarias para la preservación de la seguridad nacional, en el contexto de una sociedad democrática¹¹⁷⁹. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), se orienta en la misma línea¹¹⁸⁰.

El reconocimiento y protección del derecho de reunión en España sobresale entre el ámbito comparado por su régimen especialmente favorable a la libertad como valor superior del ordenamiento, una de cuyas manifestaciones es la consideración de la autoridad gubernativa en función protectora frente a quienes tratasen de impedir, perturbar o menoscabar el lícito ejercicio del derecho de reunión (Artículo 3.2 LODR).

En los países del entorno, es común el requisito de la autorización del jefe del recinto militar para permitir la celebración de reuniones en este. En cuanto a la asistencia de los militares a reuniones varía el catálogo de posibilidades; así, siempre que no se vista uniforme ni se ostente la condición de militar, está permitida en Francia, Italia, Alemania o Austria; está permitida generalmente, pero

¹¹⁷⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “Las restricciones de los derechos de los militares...”, cit. p.110.

¹¹⁷⁹ Artículo 11 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

¹¹⁸⁰ Artículo 21 PIDC: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad

no se puede asistir de uniforme a las reuniones o manifestaciones hostiles para la defensa nacional, en Dinamarca y Reino Unido; en Bélgica y Holanda es el mando militar quien puede prohibir la asistencia de uniforme, en función de las circunstancias.

La **jurisprudencia** del Tribunal Constitucional ha destacado en la aplicación del principio *pro libertate* frente a los intentos de limitación injustificada o insuficiente basados en la supuesta vigencia de la legislación preconstitucional¹¹⁸¹. Son líneas jurisprudenciales características del derecho de reunión, su reconocimiento con la máxima extensión y con exclusión de autorización administrativa previa alguna; así como la exigencia de comunicación previa a la autoridad, preceptiva cuando se trate de reuniones en lugares públicos y manifestaciones, que se articula como elemento informativo básico para que la autoridad pueda cumplir la doble finalidad de proteger el derecho de los manifestantes, al tiempo que preservar el mantenimiento del orden público.

El TC considera el concepto de orden público en sentido material, fundado sobre la apreciación de datos objetivos que pongan en peligro la integridad de bienes o personas, excluyendo así el concepto de orden público en sentido formal, es decir, como equivalente a control político que posibilite a la autoridad la prohibición de reuniones o manifestaciones inoportunas, conforme a su criterio.

democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden publico, o para proteger la salud o la moral publicas o los derechos y libertades de los demás".

¹¹⁸¹ STC 36/1982 de 16 junio. Extracto: "1. La Constitución, en su art. 21, al no sujetar a autorización previa el ejercicio del derecho de reunión, ha derogado la regulación substantiva de la Ley 17/1976 en cuanto que partía de una prohibición previa de su ejercicio a reserva de la autorización de los Gobernadores civiles. 2. Sin embargo, la derogación no se extiende a los aspectos procesales de la citada Ley preconstitucional, ya que estos servían de cauce funcional y legitimador de los actos de los poderes públicos y de los ciudadanos en orden al ejercicio del derecho de reunión, entendiéndose sustituida, en todo caso, la exigencia de «solicitud de autorización» por la de «comunicación previa»[...]".

FJ 3: "..., debe entenderse, en el orden sustantivo, que el derecho de reunión regulado en el art. 21 de la Constitución Española ha derogado al de la misma especie de dicha Ley 17/1976 por ser incompatibles entre sí, pero sin que suceda lo mismo con el aspecto adjetivo, constituido por las pautas procesales, que servían en esta última de cauce funcional y legitimador de los actos de los poderes públicos y de los ciudadanos para poder ejercitar dicho derecho, y que derivan como necesarias de la exigencia de la comunicación previa, y de la potestad o facultad atribuida a la autoridad de prohibir dichas reuniones en las circunstancias indicadas, pues al no regularlas el art. 21, en el futuro habrá de acudirse para determinar los aspectos no contemplados en él, al cauce de los arts. 53.1 y 81 de la Constitución, creando la oportuna Ley orgánica, [...]".

STC 42/2000 de 14 febrero: Extracto. 2. Doctrina constitucional sobre el derecho de reunión cuando se ejercita en lugares de tránsito público (SSTC 2/1982, 55/1988, 66/1995) [FFJJ 2 y 4]. 3. Para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando el modo de ejercicio o prohibiéndolo, es preciso que existan «razones fundadas», pues así lo establece el art. 21.2 CE [FJ 2].

Así, en el caso de las manifestaciones en núcleos urbanos, el entorpecimiento del tráfico no es suficiente para prohibirlas, porque para ello debería llegarse a un colapso circulatorio prolongado y sin itinerarios alternativos, porque para el TC el espacio urbano no es solo un espacio de circulación sino un ámbito de participación¹¹⁸².

En **resumen** y sin ánimo de contribuir a la confusión en cuanto al régimen del ejercicio del derecho de reunión y manifestación por los miembros de las Fuerzas Armadas, es claro que el texto de la Constitución vigente no marca limitación alguna para los militares. No obstante, la LODR remite a la legislación específica militar en dos casos:

- Por razón del lugar, cuando la reunión se celebre en recinto militar (Artículo 2, e LODR). En este caso es preceptiva la autorización expresa del jefe de la unidad, buque o dependencia; los fines de la reunión deberán ser lícitos y no podrá ser de tipo político, sindical o reivindicativo (Artículo 180 ROFAS). Por **fines lícitos** habrá que entender los permitidos por las ROFAS así como los no prohibidos o tipificados en las leyes penal y disciplinaria. Fines y naturaleza son cosas distintas, aunque en el caso del militar se tienda a identificar ambos conceptos; porque el mero hecho de asistir a una manifestación de naturaleza política o sindical hace ilícita esa asistencia por estar en contradicción con lo

¹¹⁸² STC 59/1990 de 29 marzo: Extracto: "2. De la exégesis del art. 21 de la Constitución queda suficientemente claro que dos son los límites o requisitos constitucionales que han de cumplir los ciudadanos que decidan manifestarse en una vía pública: que la reunión sea pacífica y que anuncien a la autoridad el ejercicio de su derecho. El primero de los enunciados requisitos es de inexcusable cumplimiento en todo tipo de manifestación, pues el único derecho que la Constitución protege es el de reunión «pacífica y sin armas». La obligación de comunicar previamente a la autoridad gubernativa la realización de la manifestación es, por el contrario, tan solo exigible con respecto a las reuniones «en lugares de tránsito público» (art. 21.2). 3. De conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el ejercicio del derecho de reunión pacífica puede ser objeto de medidas restrictivas siempre que sean «necesarias, en una sociedad democrática, para la protección de los derechos y libertades ajenos», de entre los que, hay que estimar incluido el derecho «a la libre circulación de los ciudadanos por el territorio nacional» (art. 19 C.E.). Naturalmente, toda reunión en «lugar de tránsito» ha de provocar una restricción a la libertad de circulación de los ciudadanos no manifestantes, que se verán impedidos de deambular o de circular libremente por el trayecto y durante la celebración de la manifestación; pero esta restricción, conforme a lo preceptuado por el art. 21.2, no legítima «por sí sola» a la Autoridad a prohibir la reunión pacífica, sino que se hace preciso que dicha reunión en el lugar de tránsito público altere el orden público y ponga en peligro la integridad de las personas o de los bienes".

Véase también LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L.: "El derecho de reunión y manifestación...", cit. pp.175-194.

También puede verse LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luís: "A propósito de la STC 66/1995, de 8 de mayo, en torno a los límites del derecho de reunión", *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 16. Núm. 48, septiembre-diciembre 1996, pp. 241-250.

fijado en el Artículo 180 ROFAS, por tanto, fines lícitos serán los que no tengan carácter político o sindical, porque la asistencia a reuniones de **naturaleza reivindicativa**, si bien están prohibida en el Artículo 180 ROFAS, no tienen respaldo en la ley disciplinaria. Por otra parte, reivindicar significa reclamar algo a lo que se cree tener derecho o, en otra acepción, argumentar a favor de algo o de alguien; en cualquier caso, ambas facetas parecen no solo compatibles sino propias de los contenidos de una reunión de las amparadas por la LODR, porque la finalidad de una reunión es tratar asuntos que conciernen individual y colectivamente a los reunidos y, como es lógico, este tratamiento no acaba en la simple constatación de esa afectación, sino que constituirá un punto de partida para acciones siguientes que presumiblemente entrarán en el terreno del ejercicio de los derechos fundamentales de expresión o asociación. Es decir, que todas las reuniones acogidas a la LODR tienen un fundamento reivindicativo, por lo que la LORDFAS ha guardado un prudente silencio al no incluir la asistencia a estas entre las faltas graves.

- Por razón de uso de la condición de militar, bien por asistir de uniforme o por mostrarla de otra forma (Artículo 4.4 LODR). En este caso está prohibida la asistencia a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical (Artículo 8.34 LORDFAS). Las **reuniones clandestinas**¹¹⁸³ sancionadas por vía penal y disciplinaria se supone que serán las celebradas, aún con fines lícitos, contraviniendo alguno de los preceptos como puede ser la autorización previa del jefe del establecimiento militar o las celebradas con finalidad distinta a la declarada. Una reunión para ocuparse de asuntos del servicio, celebrada en un establecimiento militar y sin permiso del jefe de este, será clandestina. La misma reunión, celebrada fuera de establecimiento militar, no tiene por qué ser clandestina. Se introduce aquí un concepto jurídico indeterminado “asuntos del servicio”, que restringe aún más el marco del ejercicio del derecho de reunión.

Una vez a salvo los condicionantes de lugar y condición expuestos, al militar le es aplicable el régimen del ciudadano común, por lo que podrá asistir a las reuniones cualquiera que sea su carácter.

¹¹⁸³ Clandestinas: "Secreto, oculto, y especialmente hecho o dicho secretamente por temor a la ley o para eludirla" (Según el DRAE).

En síntesis, el régimen de ejercicio del derecho de reunión y manifestación por los militares dista de ser nítido y aún presenta cierto confucionismo, entendemos que por la remisión que hace la LODR a las ROFAS, cuyas circunstancias de elaboración y dudosa constitucionalidad de alguno de sus preceptos ya se han tratado en páginas anteriores.

En la regulación actual se reconocen rasgos limitadores ya centenarios y es manifiesta cierta precaución, si no del constituyente, sí del legislador, plasmada en la regulación por vía orgánica al remitir a la legislación específica sin reconsiderar esta. Incluso observamos limitaciones impuestas directamente en vía penal, como el tipo residual del Artículo 92 CPM “reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio”.

Aunque sin compartir el entusiasmo de alguna doctrina, está claro que la regulación actual está en consonancia con el ámbito comparado y es perfectamente compatible con las normas internacionales suscritas por España en esta materia. No obstante, en la anunciada ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas cabría esperar una definitiva clarificación, en línea con la generosidad que muestra el texto de la Constitución vigente¹¹⁸⁴.

6.3.3. DERECHO DE ASOCIACION.

Artículo 22 CE: “1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”.

La legislación histórica española del derecho de asociación ha discurrido en paralelo con la correspondiente al derecho de reunión, marcada en ambos casos por criterios restrictivos cuando no prohibitivos, aunque esto no ha evitado

¹¹⁸⁴ LCM. Preámbulo (IX): “La actualización del régimen del personal militar se completará por medio de una ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en la que se regulará el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a lo establecido en la Constitución y sus disposiciones de desarrollo y teniendo en cuenta las exigencias de la condición militar. En ella se incluirá, según las previsiones de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, la creación del Observatorio de la vida militar”.

la constante presencia de la tendencia asociativa entre las filas de las Fuerzas Armadas.

El Estado liberal sentía desconfianza por el asociacionismo, por considerarlo una reminiscencia del antiguo régimen, por lo que no comienza a regularse hasta bien entrado el siglo XIX y con severas cautelas¹¹⁸⁵.

En España, tras algún intento legislativo anterior, el derecho de asociación fue reconocido por primera vez en la Constitución de 1869 (Artículos 17 y 19). La Constitución de 1876 también lo reconoció y se desarrolló en la Ley de 30 de junio de 1887¹¹⁸⁶, que seguirá vigente hasta 1964. No puede hablarse de regulación del asociacionismo militar ni de los funcionarios hasta esta ley de 1887, que exceptuaba de sus disposiciones, entre otros, a los institutos o Corporaciones que existieran o funcionaran en virtud de leyes especiales, entre ellos el Ejército. Posteriormente, el Real Decreto de 9 abril de 1900¹¹⁸⁷ prohibía a los Gobernadores civiles la aprobación de reglamentos o consentir la organización de sociedades con denominaciones militares, sin tener constancia del permiso previo del correspondiente Capitán General de la región. Asimismo, la Real Orden Circular de 6 octubre 1900¹¹⁸⁸ regulaba restrictivamente la aprobación de los reglamentos de las sociedades militares que preceptivamente debían dar los Capitanes Generales regionales. Poco después, el derecho de asociación sufrió un golpe con la aprobación de la Ley de represión de los delitos contra la patria y el ejército (Ley de Jurisdicciones) de 22 marzo 1906.

El Artículo 39 de la Constitución de 1931 vino a proclamar conjuntamente los derechos de asociación y de sindicación, sin establecer restricción expresa para el ejercicio del derecho de asociación por los militares, aunque de la interpretación de sus Artículos 39 y 41 se dedujo que no era posible el asociacionismo profesional de estos.

Durante el régimen político anterior, la Ley de Asociaciones de 24 diciembre 1964 vigente hasta la aprobación de actual Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo (LODA), excluyó de su ámbito a los militares, pero no les prohibió asociarse, remitiendo su régimen a sus leyes especiales.

¹¹⁸⁵ Desconfianza que llevó en Francia a prohibir expresamente las asociaciones (Ley *Chapelier* de 17 junio 1791).

¹¹⁸⁶ Gaceta de Madrid nº. 193 de 12 julio.

¹¹⁸⁷ Gaceta de Madrid nº.100 de 10 abril.

Tanto el Real Decreto-Ley 10/1977 de 8 febrero, como las posteriores Reales Ordenanzas prohibieron a los militares profesionales la colaboración o afiliación a ninguna clase de organización política o sindical, permitiendo en cambio la pertenencia a otras asociaciones de carácter religioso, cultural, deportivo o social.

Pese a su tardío desarrollo orgánico, el Artículo 22 CE fue aprobado sin apenas debate en el proceso constituyente, respondiendo a la corriente del constitucionalismo social, ya universalizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)¹¹⁸⁹. Además, la Constitución de 1978 regula autónomamente las manifestaciones históricamente más polémicas del derecho de asociación: los partidos políticos (Artículo 6 CE) y los sindicatos (Artículo 7 CE), así como las excepciones a la libertad negativa: los colegios profesionales (Artículo 36 CE) y las organizaciones profesionales (Artículo 52 CE).

Como definición de asociación puede aceptarse que “una asociación es una institución derivada de un concurso de voluntades que consiste en una agrupación, con vocación de permanencia, de una pluralidad de personas para la realización de unos fines sin ánimo de lucro”¹¹⁹⁰.

Es innegable el importante papel que cumplen las asociaciones en una sociedad democrática porque, como expresa la exposición de motivos de la LODA “las asociaciones permiten a los individuos reconocerse en sus convicciones, perseguir activamente sus ideales, cumplir tareas útiles, encontrar su puesto en la sociedad, hacerse oír, ejercer alguna influencia y provocar cambios”.

También es preciso distinguir el derecho fundamental de asociación, constitucionalmente reconocido, de otras manifestaciones asociativas que no están incluidas en el Artículo 22 CE, que reconoce y marca con bastante nitidez los límites del derecho de asociación. Son características de las asociaciones a que se refiere, la existencia de un pacto asociativo original entre los asociados,

¹¹⁸⁸ Gaceta de Madrid nº.280 de 7 octubre.

¹¹⁸⁹ Sobre el concepto de la libertad de asociación, su historia, represión legal y vicisitudes hasta 1976 véase PECES-BARBA, QUADRA SALCEDO, MOHEDANO, GONZÁLEZ: *Sobre las libertades políticas en el Estado español...*, cit. pp.101- 136.

Para el mismo efecto, hasta la Segunda República, véase FLAQUER MONTEQUI, R.: “Los derechos de asociación, reunión y manifestación”, cit. pp.155-175.

¹¹⁹⁰ PECES-BARBA, QUADRA SALCEDO, MOHEDANO, GONZÁLEZ: *Sobre las libertades políticas en el Estado español...*, cit. p.101.

con vocación de permanencia; la libre determinación del objetivo de la asociación por los asociados, en la esfera de las relaciones entre particulares, y que este derecho se ejerce en un marco indisponible para el legislador, es decir, lejos de cualquier tutela de la Administración pública ¹¹⁹¹.

En cuanto al **desarrollo legislativo**, la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (LODA) opera en nuestro ordenamiento como régimen mínimo y común aplicable a las asociaciones, ya que, como su propia disposición final segunda establece, sus preceptos no orgánicos son supletorios respecto de cualesquiera otras normas reguladoras de tipos específicos de asociaciones reguladas por leyes especiales (partidos, sindicatos, organizaciones empresariales, comunidades religiosas, federaciones deportivas, asociaciones de consumidores, etc). Esta ley orgánica ha sido muy generosa respecto de la titularidad del derecho, reconociéndola incluso a las personas jurídicas públicas. En lo referente a los militares, su Artículo 3 remite a las normas propias que modulan el ejercicio del derecho de asociación.

La LODA se limita a las asociaciones sin fines de lucro, lo que deja fuera de su ámbito de aplicación a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, así como a determinadas corporaciones.

El derecho de asociación protege por un lado, el derecho de las personas en el ámbito de la vida social y, por otro, la capacidad de las propias asociaciones para su funcionamiento. La primera faceta incluye aspectos positivos, como la libertad y la voluntariedad en la constitución de las asociaciones, y negativos, como la prohibición de que nadie pueda ser obligado a ingresar en una asociación o a permanecer en su seno. La segunda recoge, entre otras, la capacidad de las asociaciones para inscribirse en el Registro correspondiente o para no sufrir interferencia de las Administraciones.

No obstante, parece claro que puede existir algún tipo de control sobre el fenómeno asociativo, dentro de los parámetros constitucionales. En una primera aproximación podría distinguirse entre un control preventivo de las asociaciones, con la exigencia de una autorización previa para constituir la asociación o un

¹¹⁹¹ Véase PÉREZ SOLA, Nicolás: "Precisiones sobre el tratamiento jurisprudencial del derecho de asociación", en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José*

control posterior, aplicable una vez constituida. Pero tras la Constitución de 1978, el modelo de control solo puede ser el posterior. Por otra parte, de la interpretación conjunta del Artículo 22 CE con el Código Penal puede deducirse que, como regla general, se consideran contrarias a la Constitución exclusivamente las asociaciones mencionadas en el Artículo 22.5 CE y que, aunque el Código Penal tipifica en su articulado una variedad de asociaciones ilícitas, no todas las asociaciones contrarias a la Constitución están tipificadas como asociaciones ilícitas, ya que su enumeración no es exhaustiva¹¹⁹².

La existencia de un **registro** de asociaciones, que permite a la Administración ejercer cierto control denegando la inscripción a las asociaciones ilegales o ilícitas, ha planteado problemas de interpretación de esa disposición constitucional, por lo que la inscripción registral es un punto crítico y polémico en el régimen jurídico del derecho de asociación. El momento en que se produce la inscripción en el Registro es un punto de referencia legal, siendo así la misma inscripción una garantía para quienes entren en el tráfico jurídico. Así, la función sobresaliente de la inscripción es garantizar los derechos de terceros que puedan relacionarse con la asociación, por lo que es natural que se exijan ciertos requisitos identificativos de esta, como puede ser el contenido del acta fundacional y de los Estatutos o la identidad de los miembros de los órganos de dirección y administración¹¹⁹³.

Del Artículo 22.3 CE se deriva que, en su función registral, la Administración carece de facultades de control material sobre la legalización o reconocimiento de la asociación, por lo que se establece la inscripción por silencio positivo por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental¹¹⁹⁴. Pero aunque la Administración no puede negar la inscripción, tampoco se trata de que esta haya

Ruiz-Rico. Volumen Primero, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 863-864.

¹¹⁹² Véase MONTILLA MARTOS, J. A.: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*, cit. pp. 222-223.

¹¹⁹³ Artículo 10 LODA. Inscripción en el Registro: "1. Las asociaciones reguladas en la presente Ley deberán inscribirse en el correspondiente Registro, a los solos efectos de publicidad. 2. La inscripción registral hace pública la constitución y los Estatutos de las asociaciones y es garantía, tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros".

¹¹⁹⁴ Artículo 30 LODA. Régimen jurídico de la inscripción: "1. El plazo de inscripción en el correspondiente Registro será, en todo caso, de tres meses desde la recepción de la solicitud en el órgano competente. Transcurrido el plazo de inscripción señalado en el párrafo anterior sin que se haya notificado resolución expresa, se podrá entender estimada la solicitud de inscripción. La Administración procederá a la inscripción, limitando su actividad a la verificación del cumplimiento de los requisitos que han de reunir el acta fundacional y los Estatutos [...]".

de ser automática. Lo relevante es que la Administración no puede denegar la inscripción sin resolución expresa y motivada, porque lo contrario sería obstaculizar el ejercicio de este derecho fundamental¹¹⁹⁵.

En cualquier caso, el registro de asociaciones no puede actuar como un mecanismo de control previo porque, solicitada formalmente la inscripción, la Administración debe proceder a la misma y una vez inscrita, debe ser una resolución judicial la que decida sobre su ilegalidad¹¹⁹⁶.

En cuanto al carácter (constitutivo o declarativo) de la inscripción registral, por su incidencia en el ejercicio de este derecho hay que remarcar que para constituir la asociación basta con la formalización del pacto asociativo, la inscripción es un trámite posterior a esta constitución y la obligación de inscribir es de la Administración, que no puede negarse, por lo que la inscripción registral tendrá efectos declarativos, no constitutivos.

El límite infranqueable de protección del derecho de asociación es la ilicitud penal de las asociaciones, cuya definición corresponde a la legislación penal, y se consideran elementos esenciales del contenido del derecho de asociación: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas, la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, la libertad de organización

¹¹⁹⁵ Artículo 24 LODA. Derecho de inscripción: "El derecho de asociación incluye el derecho a la inscripción en el Registro de Asociaciones competente, que solo podrá denegarse cuando no se reúnan los requisitos establecidos en la presente Ley Orgánica".

Artículo 30 LODA. Régimen jurídico de la inscripción: "[...]2. Cuando se adviertan defectos formales en la solicitud o en la documentación que la acompaña, o cuando la denominación coincida con otra inscrita o pueda inducir a error o confusión con ella, o cuando la denominación coincida con una marca registrada notoria salvo que se solicite por el titular de la misma o con su consentimiento, se suspenderá el plazo para proceder a la inscripción y se abrirá el correspondiente para la subsanación de los defectos advertidos. 3. Cuando la entidad solicitante no se encuentre incluida en el ámbito de aplicación de la presente Ley o no tenga naturaleza de asociación, la Administración, previa audiencia de la misma, denegará su inscripción en el correspondiente Registro de Asociaciones e indicará al solicitante cuál es el registro u órgano administrativo competente para inscribirla. La denegación será siempre motivada. 4. Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa, por el órgano competente se dictará resolución motivada, dándose traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución judicial firme".

¹¹⁹⁶ Aunque sean anteriores a la LODA 1/2002, sobre la inscripción registral en el régimen general de asociaciones y en tipos asociativos regulados por leyes especiales, puede verse MONTILLA MARTOS, José Antonio: "La inscripción registral de asociaciones en la Constitución", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 92, abril-junio 1996, pp. 175-179. También en MONTILLA MARTOS, J. A.: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*, cit. pp. 221-222.

y funcionamiento internos sin injerencias exteriores y el conjunto de facultades de los individuos asociados frente a las asociaciones a las que pertenecen¹¹⁹⁷.

En cuanto a la recepción en las Reales Ordenanzas y **normativa específica** militar a las que remite el Artículo 3,c LODA, son de aplicación los Artículos 181 y 182 ROFAS. El primero impide a los militares la participación en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa, pero les permite la pertenencia a asociaciones religiosas, culturales, deportivas o sociales, entendiéndose que la prohibición de sindicarse es absoluta mientras que la de asociarse lo es en función de la finalidad¹¹⁹⁸. El Artículo 182 ROFAS impone la obligación de respetar cualquier opción política o sindical e insiste en el deber de mantener la neutralidad, redundando en lo dicho en el anterior artículo en el que prohibía “participar” y ahora añade no estar “afiliado o colaborar”, “asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas”. Las restricciones presentes en ambos artículos está reflejadas en la ley disciplinara¹¹⁹⁹.

A continuación se extractan algunas **opiniones doctrinales** relacionadas con el ejercicio del derecho de asociación en el ámbito militar.

Para Casado Burbano¹²⁰⁰, el derecho de asociación es un derecho de ejercicio colectivo, mediante el que se crea una entidad (asociación) con personalidad jurídica propia, organizada con cierto carácter permanente y dedicada a la promoción, defensa o consecución de intereses comunes a los

¹¹⁹⁷ Véase exposición de motivos LODA 1/2002.

¹¹⁹⁸ Artículo 3 LODA. Capacidad. "Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean estas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios:[...] c) Los miembros de las Fuerzas Armadas o de los Institutos Armados de naturaleza militar habrán de atenerse a lo que dispongan las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y el resto de sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación".

Artículo 181 ROFAS: "Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa. Tampoco podrán condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga. Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social".

Artículo 182 ROFAS: "Cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional será respetada por los componentes de los Ejércitos. El militar deberá mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales, ni tolerando aquellas que se refieran al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales, dentro de los recintos militares. No podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas.[...]."

¹¹⁹⁹ Tipificadas como falta grave en el Artículo 8 LORDFAS: "Son faltas graves:[...]34. Sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida, estar afiliado a alguna organización política o sindical,[...]."

¹²⁰⁰ CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. pp.146-149.

asociados. Partiendo de este concepto, es lógico el recelo con que históricamente se ha visto su ejercicio por los militares, puesto que puede afectar a puntos básicos como son la estricta neutralidad política y la absoluta disponibilidad para el servicio. Descartadas estas asociaciones de carácter político, sindical o reivindicativo, se admite que el militar pueda fundar o adherirse a otras de carácter científico, cultural, artístico, deportivo, religioso o mercantil.

Blanco Valdés¹²⁰¹ considera que la normativa reguladora del ejercicio del derecho de asociación por los militares ha mantenido su carácter restrictivo y sin modificaciones desde las primeras normas relativas a sus actividades políticas o sindicales, es decir, el Real Decreto-Ley 10/1977 de 8 febrero.

Bautista Samaniego¹²⁰² recuerda que el Artículo 22 CE no fija limitación alguna en cuanto a los titulares, por lo que no puede entenderse al militar como excluido del ejercicio del derecho de asociación. Considera que las asociaciones con finalidad reivindicativa que prohíben las ROFAS hay que entenderlas como asociaciones que efectivamente ejercen funciones sindicales, que al constituirse bajo el nombre de “asociaciones” incurren en fraude de ley, siéndoles aplicables la doctrina del Artículo 6.4 Código Civil¹²⁰³.

Jiménez Villarejo¹²⁰⁴ encuentra las razones de la prohibición que imponen los Artículos 181 y 182 ROFAS en la salvaguardia de la neutralidad de las Fuerzas Armadas, ya que la militancia política sería un grave obstáculo para esta e incluso podría poner en peligro el sometimiento al poder civil.

Alli Turrillas¹²⁰⁵ advierte sobre la existencia de opiniones que pretenden introducir asociaciones con fuerte carácter reivindicativo, casi sindical, sobre la vía del Artículo 182 ROFAS que autoriza a pertenecer a asociaciones legales de tipo religioso, cultural, deportivo o social, amparadas en el propio Artículo 22 CE y en

¹²⁰¹ BLANCO VALDÉS, R. L: *La ordenación constitucional de la Defensa*, cit. p.98.

¹²⁰² BAUTISTA SAMANIEGO, J. M.: “Derechos fundamentales y libertades públicas en las Reales Ordenanzas...”, cit. p.296.

¹²⁰³ Artículo 6.4º Código Civil: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

¹²⁰⁴ JIMÉNEZ VILLAREJO, J: “Principios constitucionales. Derechos fundamentales...”, cit. pp. 232-234.

¹²⁰⁵ ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit. pp. 287-292.

jurisprudencia constitucional¹²⁰⁶. Considera que existen factores que incidirán en un futuro inmediato sobre los límites al derecho de asociación y destaca la evolución hacia la sindicación de fuerzas policiales extranjeras similares a la Guardia Civil; cree evidente la existencia de una corriente europea hacia el reconocimiento de fórmulas de “asociacionismo militar”; recuerda el carácter totalmente profesional de la fuerza militar y estima necesario que alguien preste atención exclusiva a los problemas sociales y laborales de los militares, mas allá de los enunciados de las Reales Ordenanzas (Artículos 99 y 181 ROFAS).

Para Peñarrubia Iza¹²⁰⁷, que encuentra el origen del asociacionismo militar remontándose al fenómeno mutualista, con la creación del Montepío Militar en 1761, la posibilidad de que el legislador prohíba cualquier tipo de asociacionismo “reivindicativo” solo existe para los militares, aunque también podría admitirse la libertad sindical o reconocer la sindicación o el asociacionismo militar modulando su ejercicio.

Fernández Segado¹²⁰⁸ considera enormemente restrictivo el régimen impuesto por las ROFAS, que prohíben al militar participar en o tolerar actividades u opiniones sobre opciones políticas o sindicales concretas, afiliarse o colaborar en ninguna clase de estas organizaciones. En el ámbito internacional, señala que el Artículo 11.1 CEDH posibilita la imposición de restricciones al ejercicio del derecho de asociación por los militares y que el Artículo 22.2 PIDC compatibiliza el reconocimiento del derecho de asociación con la posibilidad de restringir legalmente su ejercicio, cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas o la Policía.

Herbón Costas, tras analizar las diversas teorías que se utilizan para justificar la privación de ciertos derechos a los militares por su condición de tales, concluye que el fundamento material que puede justificar la restricción del

¹²⁰⁶ Véase STC 291/1993 de 18 octubre. A propósito de la presentación, por la «Unión Democrática de Guardias Civiles» (U.D.G.C), de una solicitud en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior pidiendo su inscripción en el mencionado Registro, petición que le fue desestimada por silencio administrativo. El Tribunal Constitucional estimó la demanda de amparo declarando, entre otras cuestiones, que “la Administración encargada del Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior viene obligada a dictar una resolución expresa y motivada sobre la procedencia de la inscripción solicitada” y que la omisión de toda actividad administrativa ante una petición de inscripción lesionaba, por sí, el derecho de asociación (Artículo 22 CE) de quienes promovían aquella inscripción.

¹²⁰⁷ PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 210-213.

derecho de asociación, no es otro que la disciplina. Considera que la neutralidad política no tiene por que resultar comprometida por el mero hecho de la afiliación política del militar; en cambio, sí resultará comprometida la disciplina “en el ejercicio de actividades que supongan proselitismo político”¹²⁰⁹.

En el **ámbito internacional**, se acepta generalmente que las legislaciones nacionales pueden imponer limitaciones al ejercicio de este derecho por los militares. No obstante, en el caso de las asociaciones políticas o partidos, aún en los casos más permisivos, se procura evitar el ejercicio de actividades políticas en los cuarteles. En Francia e Italia, los militares de carrera en activo no pueden afiliarse a partidos políticos. En cambio, en Alemania, Austria, Holanda y Dinamarca, sí pueden afiliarse y participar en sus actividades, siempre que sea fuera del ámbito militar y sin perjuicio del servicio ni de las relaciones internas entre militares.

En los ejércitos de Reino Unido y Estados Unidos de Norteamérica, de fuerte componente institucional, las Fuerzas Armadas han desarrollado un sistema protector que soluciona o mitiga gran parte de los problemas que pudieran justificar el asociacionismo o sindicalismo militar, a la vez que refuerza el sentimiento corporativo. En nuestro entorno inmediato se han buscado soluciones diferentes, así, en Italia se impuso un sistema de representación institucionalizada y en Francia se ha bloqueado el paso a cualquier forma de asociacionismo profesional o sindicalismo, manteniendo el principio, coincidente con el criterio español de las ROFAS (Artículos 99 y 181), de que ha de ser el Mando y el Estado quien vele por el interés de sus subordinados. También está implantado el sistema de Consejos Asesores de Personal.

En cualquier caso, la característica común es la disparidad de criterios a la hora de buscar soluciones constitucionales y legislativas para el derecho de asociación política y sindical de los militares¹²¹⁰.

¹²⁰⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “Las restricciones de los derechos de los militares...”, cit. pp. 99 - 101.

¹²⁰⁹ HERBÓN COSTAS, Juan José: “El derecho de afiliación política del militar”, *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 80, julio-diciembre 2002, pp. 241- 245.

¹²¹⁰ En este sentido véase RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luís: “Asociación Española de Derecho Militar y de los Conflictos Armados. Informe de síntesis sobre las respuestas al cuestionario relativo a «EL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LOS MILITARES»”, *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 82, julio-diciembre 2003, pp. 405-414. Este cuestionario se elaboró para contar con aportaciones de legislación comparada para una de las Ponencias del

La Sentencia del Tribunal Constitucional **219/2001** de 31 octubre, establece una importante doctrina respecto al asociacionismo militar, por lo que resulta clarificador detenerse en su examen, extractando y analizando sus líneas esenciales¹²¹¹.

El recurso de amparo fue promovido por la Hermandad de personal militar en situación ajena al servicio activo, frente a dos sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que desestimaron su demanda contra el Ministerio del Interior sobre inscripción en el Registro de Asociaciones.

La Hermandad de Personal de las Fuerzas Armadas en Situación de Reserva Transitoria, inscrita en el Registro de Asociaciones el 20 de julio de 1988, incluía entre sus fines estatutarios "realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles, tanto en el aspecto económico como en el moral o social".

El 6 de octubre de 1990, se acordó en Asamblea Extraordinaria la reforma de los Estatutos de la Hermandad para ajustarlos a la nueva Ley 17/1989 que fusionó en una única situación de reserva a las hasta entonces existentes "reserva activa" y "reserva transitoria", manteniendo sin variación relevante los fines de la asociación. La modificación estatutaria se presentó en el Registro de Asociaciones mediante un "asiento de modificación", que posteriormente aparecería tachado a mano, con la palabra "nulo", sin que se justificaran tales tachaduras y adiciones.

En la resolución confirmatoria del recurso de reposición interpuesto, rechazando las pretensiones de la Hermandad, se motivaba que esta permitía la participación de los militares en la reserva activa y que sus fines eran reivindicativos, vulnerando así el Artículo 181 ROFAS, porque la "reserva" es una situación administrativa de actividad, de manera que los intereses que defendería

Seminario organizado en Madrid por la Asociación Española de Derecho Militar y de los Conflictos Armados, (días 6 y 7 de noviembre de 2003). Las 25 preguntas formuladas fueron respondidas por grupos nacionales de los siguientes países: Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Irlanda, Italia, Países Bajos y Suiza.

¹²¹¹ Para Herbón Costas, lo más atrayente de la polémica en torno a la exclusión de los militares del pleno ejercicio de su derecho constitucional a asociarse que hace el Artículo 181 ROFAS, "no es la flagrante vulneración del derecho, que es a todas luces evidente, sino el silencio que el Tribunal Constitucional ha guardado durante 20 años", hasta esta STC 219/2000 de 31 octubre.

la Asociación serían profesionales y que, en realidad, la entidad no era una asociación sino un "ente parasindical" al perseguir un fin reivindicativo, entre otros, incurriendo así en fraude de ley, por infracción del citado Artículo 181 que impide a los militares no solo "participar en sindicatos o asociaciones con finalidad reivindicativa", sino también la afiliación o creación de entes que sin ser formalmente sindicatos, tengan un carácter parasindical.

La Sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo sobre el recurso de casación interpuesto, razonaba que la inscripción pretendida no encajaba en el Artículo 22 CE sino en la norma más específica del Artículo 28 CE, dada la finalidad reivindicativa de la asociación. Porque debía entenderse que el Artículo 28 no solo permite la prohibición de los sindicatos militares en sentido formal, sino también de cualquier tipo de asociación que por su naturaleza y fines pueda encuadrarse en un concepto sustantivo y material de sindicato, caracterizado por la índole de los intereses que protege y asimismo, que para el fraude de ley bastaría con que una asociación evitara la denominación "sindical" para soslayar la previsión del Artículo 28.1 CE; de ahí que para evitar por encima de subterfugios formalistas el ejercicio de actividades sindicales en las Fuerzas Armadas, el Artículo 181 ROFAS prohíba no solo los sindicatos, sino también las asociaciones con finalidad reivindicativa (Fundamento de Derecho 6º).

Las partes mantuvieron posiciones encontradas, así el Ministerio Fiscal pedía el amparo por vulneración del derecho de asociación, deteniéndose en la caracterización constitucional del derecho de asociación a la luz de la STC 291/1993 de 18 octubre, de donde resultaría el deber de inscribir a las asociaciones ya constituidas que así lo soliciten. El Artículo 181 ROFAS sería conforme con la Constitución, pero no así la denegación de la inscripción, ya que contiene una interpretación restrictiva del precepto legal que repercute en el derecho de asociación. Así, la petición del Fiscal en favor del amparo se apoyaba en esta denegación de inscripción.

En cambio, el Abogado del Estado pedía la denegación del amparo, distinguiendo dos cuestiones en la invocación del Artículo 22 CE, la constitucionalidad de la frase "asociaciones con finalidad reivindicativa" del

Véase su comentario en HERBÓN COSTAS, J.J.: "El derecho de afiliación política del militar", cit. pp. 236-240.

Artículo 181 ROFAS y la constitucionalidad de las Resoluciones administrativas, confirmadas en vía judicial, que aplicaron aquel precepto. También alegaba que mediante la referencia a la "finalidad reivindicativa" se pretende evitar un fraude de la Constitución, como sería la sindicación de militares bajo la apariencia de ejercicio del derecho de asociación. A su juicio, ni el Artículo 181 ROFAS ni las resoluciones administrativas que lo aplican son inconstitucionales, pues tienen su fundamento en la exclusión legal de la libertad sindical para los militares, conforme a lo previsto en el Artículo 28.1 CE. El Abogado del Estado soslayaba la cuestión de la inscripción para centrarse en la constitucionalidad del citado Artículo 181.

Respecto a las cuestiones jurídicas suscitadas, el debate sobre la posible lesión del derecho de asociación del Artículo 22 CE que alegaba la Hermandad, generó un entramado de cuestiones que pueden agruparse en dos áreas, una referente a la actuación de la Administración (vía inscripción en el Registro de Asociaciones) y su posible vulneración del derecho de asociación y otra, la virtualidad de la legislación específica militar (Reales Ordenanzas) a que remite la LODA, que aparecen inevitablemente entrelazadas.

Sobre si la denegación por la Administración de la inscripción de los Estatutos de la Hermandad tras su modificación en 1990 lesionó el derecho de asociación reconocido por el Artículo 22 CE, el TC precisaba lo siguiente:

- Las partes no discutían la extensión de la publicidad registral a las modificaciones estatutarias de la asociación. Además, la inscripción no es solo una carga de la asociación ya creada, sino también una prestación debida por la Administración encargada del Registro, para que la libertad de asociación se realice plenamente. Prestación administrativa cuya realización defectuosa, omisión o denegación de inscripción infundada o arbitraria puede lesionar el derecho de asociación.

- La negativa a la inscripción se fundaba en que el Artículo 3 c) de los Estatutos enunciaba como fin propio de la asociación "realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles tanto en el aspecto económico como en el moral o social", siendo así que el Artículo 181 ROFAS expresamente prohíbe la participación de militares en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa.

- Mientras el Artículo 127.1 CE remite a la ley el "sistema y modalidades" de la asociación de los Jueces y Magistrados así como de los Fiscales, respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas no existe una expresa previsión constitucional sobre las modalidades de ejercicio de su derecho de asociación ni sobre sus límites. Por otra parte, el legislador ha optado por exceptuar a los militares del ejercicio del derecho de sindicación (Artículo 1.3 LOLS).

- Ahora bien, la facultad del legislador de restringir el ejercicio del derecho de asociación en atención a otros bienes con relevancia constitucional y con respeto a su contenido esencial, está sometida a su vez a ciertos límites constitucionales¹²¹². Uno es de carácter formal, pues la directa limitación de un derecho fundamental solo puede establecerse en una ley orgánica. Otros son de carácter material, así, la limitación ha de ser cierta y previsible, pues en otro caso la ley perdería su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe y sometería el ejercicio del derecho a la voluntad de quien ha de aplicar la ley. La limitación legal ha de ser a la vez proporcionada y respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental, según resulta de la doctrina consolidada del TC y del TEDH.

- Se solicitó el amparo porque la Administración había estimado que la Hermandad recurrente acogió en sus Estatutos fines de carácter reivindicativo, traspasando los límites establecidos en los Artículos 181 y concordantes. Así pues, se fundamentó la denegación de la inscripción de las modificaciones estatutarias en que la Hermandad recurrente era una asociación reivindicativa.

- Las resoluciones administrativas nada motivaron sobre el significado, contenido y límites de una "asociación reivindicativa", extremos que sí se consideran en las resoluciones judiciales que resolvieron el proceso contencioso-administrativo seguido. Ambas sentencias sitúan la corrección constitucional de la prohibición legal de asociaciones reivindicativas en el Artículo 28.1 CE, en relación con el Artículo 1.3 LOLS. Entendida así la cuestión, al prohibir conjuntamente el Artículo 181.1 ROFAS los «sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa», habría venido a hacer uso de la facultad que a la ley concede el Artículo 28.1 CE que "podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a la

disciplina militar". La sentencia de la Audiencia Nacional, tras señalar que «una actividad es reivindicativa cuando va encaminada a la defensa y consecución de intereses y objetivos económicos o sociales de signo profesional» (FJ 6), afirma que con la prohibición de asociaciones reivindicativas se evita "la afiliación o creación de entes asociativos sindicalizados o parasindicales pues se asemejarían a los sindicatos no en modos o formas de actuar o configurarse sino en los fines" (FJ 10). En el mismo sentido se pronuncia la expresada sentencia del Tribunal Supremo, como se ha reseñado.

- Frente a estas interpretaciones el TC señala que el derecho de asociación que regula el Artículo 22 CE "se refiere a un género -la asociación- dentro del cual caben modalidades específicas", como los sindicatos, los partidos políticos y las asociaciones empresariales. Pero nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del Artículo 28.1 CE. Esto supone una indebida restricción del derecho de asociación, por aplicación de un criterio contrario al principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales y también supone una indebida extensión del concepto de sindicato, al desconocer otros rasgos que lo caracterizan, entre los que figura la acción sindical plasmada en el ejercicio del derecho de huelga (Artículo 28.2 CE), la negociación colectiva (Artículo 37.1 CE) o la adopción de medidas de conflicto colectivo (Artículo 37.2 CE).

- La Hermandad recurrente se constituyó originariamente como asociación al amparo del Artículo 22 CE, no como sindicato. El contenido de los fines de la Hermandad, enunciados en sus Estatutos, no justifica que dicho fin sea calificado como sindical o parasindical. La denegación por la Administración del acceso al Registro de Asociaciones de las modificaciones estatutarias de la Hermandad, carece de justificación constitucional, porque no puede establecerse, en el momento de decidir sobre la inscripción postulada y a la vista de los estatutos presentados, que la Hermandad recurrente sea una asociación cuya inscripción pueda impedirse al amparo de la Constitución.

¹²¹² STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11.

Sobre esta argumentación y centrándose en la actuación de la Administración, el TC otorgó el amparo solicitado por entender que la denegación de la inscripción lesionó el derecho de asociación de la Hermandad recurrente.

El Magistrado don Julio Diego González Campos formuló **voto particular** respecto de la Sentencia dictada en el que, aún compartiendo con la mayoría del Pleno la fundamentación y los pronunciamientos que se contienen en el fallo, discrepaba en que no se hubiera incluido un pronunciamiento acordando elevar al Pleno, de conformidad con el Artículo 55.2 LOTC, cuestión de constitucionalidad sobre el Artículo 181.1 ROFAS ya que la aplicación de este precepto legal lesionaba el derecho de asociación reconocido en el Artículo 22 CE.

El Magistrado discrepante se centró en la virtualidad de la legislación específica (ROFAS) para regular el derecho de asociación de manera conforme a la Constitución y justificaba su voto en las siguientes razones:

- La Administración y los Tribunales habían aplicado el citado Artículo 181.1 ROFAS, que prohíbe participar en "sindicatos" y en "asociaciones con finalidad reivindicativa". Este Artículo tiene un carácter restrictivo evidente manifestado en el inciso "por cuyos intereses vela el Estado", por el que establece una protección genérica de los "intereses" de los miembros de las Fuerzas Armadas que es difícil admitir; puesto que incidiría negativamente en un aspecto nuclear del derecho fundamental del Artículo 22 CE como es la libertad de los militares para crear asociaciones a las que encomendar la defensa de sus intereses, mucho más cuando no existe en la Constitución una expresa previsión legal sobre las modalidades del ejercicio o los límites del derecho de asociación por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas.

- Con independencia de lo anterior, la segunda prohibición que el precepto introduce, la relativa a las "asociaciones con finalidad reivindicativa" no cumple con las exigencias constitucionales a las que según nuestra jurisprudencia se subordina una eventual restricción de los derechos fundamentales¹²¹³.

- Desde una perspectiva formal, cabe apreciar que la citada Ley 85/1978 (ROFAS) no tiene el carácter de orgánica, ni ha sido reiterada por una Ley Orgánica posterior, como sí ha ocurrido respecto a la prohibición relativa a la participación en sindicatos por el Artículo 1.3 LOLS. Tampoco estamos, como

pretendía el Abogado del Estado, ante un caso de colaboración entre ley orgánica y ley ordinaria, puesto que ninguna ley relativa al derecho de asociación que tenga el carácter de orgánica llama a intervenir a la ley ordinaria que aprobó las ROFAS, como es exigible para que esa colaboración sea legítima¹²¹⁴. En definitiva, se entiende que las "asociaciones con finalidad reivindicativa" son en realidad sindicato, pese a que el propio precepto las diferencia de estos.

- Respecto a los requisitos constitucionales de carácter material, el Artículo 181.1 ROFAS introduce una prohibición que restringe el derecho de asociación sin fundamento en una expresa previsión constitucional contenida en el Artículo 22 CE, lo que evidencia la inconstitucionalidad del precepto. Además, su enunciado tampoco cumple la exigencia de que la limitación que introduce sea cierta y previsible, para evitar que la restricción quede al arbitrio de quien ha de aplicar la ley y los términos que emplea son tan indefinidos e imprecisos que permiten, en detrimento del derecho de asociación, subsumir sin dificultad dentro de las "asociaciones con finalidad reivindicativa" a muchas asociaciones creadas por miembros de las Fuerzas Armadas, como así se ha hecho en este caso. Basta observar en primer lugar que los destinatarios de la prohibición solo son definidos genéricamente como "los miembros de las Fuerzas Armadas", sin distinguir la situación administrativa en que se hayan, de "servicio activo" o de "reserva", que tienen efectos distintos. El Artículo 181.1 ROFAS solo hace referencia a una general finalidad reivindicativa como fundamento de la prohibición; finalidad que no es predicable exclusivamente de los sindicatos, puesto que también está presente en un gran número de asociaciones. En suma, estas imprecisiones y generalidades hacen que la caracterización como "asociación con finalidad reivindicativa" de una determinada asociación de miembros de las Fuerzas Armadas resulte incierta e imprevisible. Incertidumbre que no queda despejada por el Artículo 181.2 ROFAS, conforme al cual "los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social". En primer lugar porque el Artículo 181.2 ROFAS no permite sin más la participación de los militares en asociaciones religiosas, culturales, deportivas o sociales, sino solo en aquellas asociaciones de

¹²¹³ Por todas, entre las más recientes, la citada STC 292/2000 de 30 de noviembre, FJ 11.

estas clases que estén «legalmente autorizadas», lo que de nuevo remite los límites de ejercicio del derecho de asociación a una regulación incierta. En segundo lugar, porque la limitación del derecho de asociación en los dos párrafos del Artículo 181 ROFAS no se realiza con categorías homogéneas: el carácter religioso, social, cultural o deportivo de una asociación nada dice, por sí, de que aquellas asociaciones tengan "finalidad reivindicativa", por lo que ni siquiera es posible afirmar con certidumbre que los miembros de las Fuerzas Armadas puedan ejercer su derecho de asociación respecto de las asociaciones enunciadas en el Artículo 181.2 ROFAS. Por lo que solo cabe estimar que el Artículo 181.1 de las ROFAS, por su indeterminación respecto de la prohibición de las "asociaciones con finalidad reivindicativa", es susceptible de una interpretación y aplicación extensivas por parte de la Administración, lo que puede entrañar una ilegítima restricción del ejercicio del derecho que recoge el Artículo 22 CE.

De lo visto, cabe subrayar algunos **rasgos relevantes** de la doctrina del TC aplicables al asociacionismo militar:

- No es posible equiparar una asociación a un sindicato, a los efectos del Artículo 28.1 CE, por el solo hecho de que entre los fines de la misma figure perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados (FJ 10).

- No existe previsión constitucional expresa sobre las modalidades de ejercicio del derecho de asociación por los miembros de las Fuerzas Armadas, ni sobre los límites de este derecho, sin perjuicio de que estos puedan, ser establecidos por ley orgánica, en atención a otros bienes con relevancia constitucional (FJ 7)¹²¹⁵.

- La denegación de inscripción, infundada o arbitraria, puede lesionar el derecho de asociación, pero esta denegación será lícita siempre que se refiera a una asociación no amparada por el Artículo 22 CE 78 (FFJJ 5 y 6).

En cuanto a la **posible evolución**, partimos de que no obstante el silencio del texto de la Constitución de 1978, es un hecho que el ejercicio del derecho de

¹²¹⁴ SSTC 137/1986 de 6 de noviembre, FJ 3; 224/1993 de 1 de julio, FJ 3; y 254/1994 de 21 de septiembre, FJ 5 c).

¹²¹⁵ SSTC 173/1998 de 23 de julio, 292/2000 de 30 de noviembre.

asociación está restringido o limitado para los militares¹²¹⁶. Como también es patente que es una materia sensible¹²¹⁷.

Es necesaria una clarificación legislativa, porque la actual situación, con una regulación apoyada en las ROFAS cuya constitucionalidad ha sido puesta en entredicho según acaba de verse en el voto particular, no hace sino alimentar la conflictividad. Porque siempre será más eficaz, delimitar claramente los contornos del asociacionismo militar, sin ambigüedades, que mantener la situación actual, tanto más cuando los frecuentes cambios o reorganizaciones de las Fuerzas Armadas, además de su posible repercusión en las expectativas de carrera del militar, claramente lo hace en otros aspectos personales, sociales o económicos, que no encuentran cauce para su plena satisfacción, mas allá de la vela del Estado por sus intereses que expresa el Artículo 181 ROFAS.

Por otra parte, ¿cómo se explica que quien debe velar por los intereses del militar sea el mismo contra el que, frecuentemente, irán dirigidas las peticiones, reclamaciones, quejas o propuestas?. Esto parece una reminiscencia clara de una época en que la Administración civil y la militar eran dos esferas de control prácticamente independientes. Tiene un regusto estamental, es como un recuerdo de las relaciones de sujeción especial en su primitiva concepción, en la que el militar renunciaba a los medios de defensa de sus intereses como ciudadano ordinario en el momento de su entrada en filas, insertándose en un sistema autosuficiente, en el que la justicia debe imperar "de tal modo que nadie tenga nada que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad" (Artículo 14 ROFAS) y en el que, desde este punto de vista, los ataques a sus intereses solo podían provenir del exterior de la Institución.

¹²¹⁶ "...seguramente porque es la expresión de un derecho de carácter colectivo y el legislador español tiene una natural prevención ante estos derechos de los militares". PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp.187-190.

¹²¹⁷ No hay más que ver la resonancia mediática que tuvo el proceso de elaboración de la LODA, en su momento, por ejemplo: "El gobierno prohíbe por ley las asociaciones profesionales de militares o guardias civiles. El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación, que se aprobará en breve, incluye una disposición adicional que prohíbe a los miembros de las FAS y G. Civil la posibilidad de constituir, pertenecer, participar o promocionar asociaciones que "impliquen la defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales" y advierte de que las mismas serán objeto de disolución". Diario *El País*, 29 mayo 2001, p.19. "El Gobierno ha dado marcha atrás en su propósito de que la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación prohíba cualquier tipo de asociacionismo en el seno de las FAS o la Guardia Civil...". Diario *El País*, 9 junio 2001, pp.18-19.

Bajo la Constitución vigente, el movimiento asociativo militar español es relativamente escaso, no está desarrollado, es sectorial y existe diferencia entre las asociaciones tuteladas de alguna manera por la Administración pública y las que no lo están¹²¹⁸.

La coincidencia española con la línea de actuación de los países más conservadores en esta materia (Francia e Italia) dificulta aún más el avance, aunque no obstante el movimiento asociativo militar en aquellos esté más desarrollado que en España¹²¹⁹.

6.4. OTROS DERECHOS Y LIBERTADES.

Una vez vistos los derechos y libertades cuyo ejercicio presenta mayores especialidades para los militares, por su incidencia o repercusiones en la neutralidad política que debe preservarse, a continuación trataremos algunos otros que también pueden resultar condicionados.

Tienen en común la peculiaridad de que si bien no están limitados por previsión constitucional específica, su ejercicio presenta dificultades prácticas,

¹²¹⁸ Entre las asociaciones profesionales existentes destacan: (AUME) Asociación Unificada de Militares Españoles. Formada por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas, en cualesquiera de las situaciones administrativas. Entre los fines de la asociación figura "facilitar la defensa de los derechos y legítimos intereses económicos, sociales y profesionales de sus asociados utilizando siempre los medios legalmente establecidos, con renuncia expresa a la estructura, organización y actividad sindicales (huelga, convenio colectivo y conflicto colectivo)". (CIOFAS) Asociación de Oficiales pertenecientes a las Escalas de Oficiales de los tres Ejércitos. (AME) Asociación de Militares Españoles. (AMARTE) Asociación de Militares Acogidos a la Reserva. Con otros fines, en España existen al menos cincuenta asociaciones de veteranos de las Fuerzas Armadas.

¹²¹⁹ El Ministerio de Defensa francés mantiene lazos con numerosas asociaciones que tienen un interés social o cuya acción está esencialmente dirigida a mejorar las condiciones de vida de los miembros del Ministerio y sus familias. A continuación se relacionan estas asociaciones de acción social. AAPACD (*Association amicale et de prévoyance de l'administration centrale de la défense*). ADO (*Association pour le développement des œuvres d'entraide dans l'armée*). ADOSM (*Association pour le développement des œuvres sociales de la marine*). ADOSOM (*Association pour l'administration d'œuvres sociales d'outre-mer*). ADOSSPP (*Association pour le développement des œuvres sociales des sapeurs pompiers de Paris*). ANFEM (*Association nationale des femmes de militaire*). ARIA (*Association de réflexion d'information et d'accueil des familles de militaires en activité*). ASP (*Association pour le développement des soins palliatifs*). CAPAH (*Conseil et aides aux personnes âgées et handicapées*). COS du CERAH (*Comité des œuvres sociales du centre d'études et de recherche sur l'appareillage des handicapés*). FCSAD (*Fédération des clubs sportifs et artistiques de la défense*). FOSA (*Fondation des œuvres sociales de l'air*). Association Jean Lachenaud. Fondation Maréchal de Lattre. Le Trèfle. L'Epaulette. Les Ailes Brisées. Solidarité défense. Union des blessés de la face.

bien por el juego de la legislación que regula este, bien por que se prestan a interpretaciones interesadas por parte de los sujetos. En cualquier caso suelen generar bastante jurisprudencia.

6.4.1. IGUALDAD ANTE LA LEY.

Artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En España, no se plasmó de forma expresa la idea de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación hasta la Constitución de 1931, ya que en las anteriores solo se observan concreciones aisladas de la igualdad.

Igualdad y libertad son los pilares que han sustentado la historia del constitucionalismo. La igualdad ha evolucionado desde la primitiva igualdad “en la ley”, a la igualdad “ante la ley” del constitucionalismo moderno, hasta la actual igualdad “en la aplicación de la ley” del Estado social y democrático de derecho, en que consiste la igualdad material, real o efectiva.

No obstante, el contenido del Artículo 14 CE es un precepto frecuente en el ámbito del derecho constitucional comparado, tanto histórico como actual. Este artículo no planteó controversias excesivas durante el proceso constituyente y el texto actual es muy parecido al que figuraba en el Anteproyecto de Constitución, en cambio, su desarrollo legislativo es singular; porque la igualdad no puede predicarse en abstracto, sino respecto de relaciones jurídicas concretas, lo que impide que este principio pueda tener una regulación o desarrollo normativo con carácter general. Por tanto, no es posible aprobar una genérica "ley de igualdad", como desarrollo legislativo unitario, ya que debe plasmarse en las normas individuales dictadas en los distintos campos. Por otra parte, el legislador ha conectado el Artículo 14 CE, que consagra la igualdad formal, con el Artículo 9.2 CE, que impone a los poderes públicos la tarea de promover la igualdad real y efectiva.

Los tratados internacionales suscritos por España en relación con el principio de igualdad y las declaraciones en la materia, pueden contemplar el fenómeno de la igualdad ante la ley y no discriminación desde un punto de vista

general, sin referencia a relaciones jurídicas concretas, o incidir en aspectos específicos de las relaciones jurídicas, como hacen las leyes de los Estados que desarrollan la igualdad.

La visión general del principio de igualdad ante la ley y no discriminación se encuentra en las grandes declaraciones internacionales de derechos. En el ámbito de la Unión Europea, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957), según la redacción dada por el Tratado de la Unión Europea de 7 febrero de 1992 (Tratado de Maastricht), proscribire las discriminaciones por razón de nacionalidad, sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y consagra el principio de igualdad de retribuciones entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Además, en el seno de la Unión Europea se han dictado muchas normas derivadas de interés para la materia.

Los demás tratados suscritos por España y resoluciones de organismos internacionales se ocupan de proyectar el principio de igualdad sobre algún campo material concreto o causa de discriminación específica.

En la Constitución de 1978, la igualdad despliega un amplio potencial al presentarse como valor superior del ordenamiento jurídico (Artículo 1.1 CE), como objetivo marcado a los poderes públicos (Artículo 9.2 CE) y como principio ordenador o cláusula general del ordenamiento jurídico (Artículo 14 CE) que luego se concretará en mandatos y reglas. Una de las facetas que presenta la igualdad es su dimensión como derecho subjetivo fundamental, al menos en lo referente a su protección judicial y constitucional (Artículos 53.2 y 161.1, b CE).

La **titularidad** del derecho a la igualdad corresponde a las personas físicas, como reflejo de su dignidad. No obstante, una interpretación sistemática del Artículo 14 CE y el 9.2 CE (“la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra”) induce a ampliar esta titularidad y así, el TC ha considerado aplicable el Artículo 14 CE al menos a las persona jurídicas de titularidad española¹²²⁰. Por otra parte, pese a la mención explícita del Artículo 14 CE a “los españoles” como titulares, el TC ha entendido que con este único apoyo no es constitucionalmente admisible la desigualdad de trato entre españoles y extranjeros, pudiéndose afirmar que, tratándose de derechos inherentes a la dignidad de la persona,

españoles y extranjeros gozan del mismo derecho a la igualdad. Esto no impide que una norma española regule una materia en forma distinta a como lo haga otro país europeo, porque lo que se trata es de que no discrimine arbitrariamente entre españoles y extranjeros.

Esto es posible porque la igualdad ante la ley no es un derecho subjetivo a ser igual que los otros, sino a ser tratado igual que los otros por el legislador, sin desigualdad arbitraria. Tanto el legislador como la Administración deben dar un trato igual a situaciones iguales, pero este principio de igualdad de trato no excluye toda diferencia, sino aquellas diferencias que ni sean razonables ni tengan una base objetiva¹²²¹.

El **criterio del TC** para estimar la existencia de desigualdad, se apoya en tres requisitos: que las decisiones recurridas hayan sido dictadas por el mismo órgano jurisdiccional, que los casos sean esencialmente análogos y que el cambio de criterio respecto a la decisión precedente carezca de explicación razonable y razonada¹²²².

Lo que el derecho a la igualdad del Artículo 14 CE prohíbe no son las diferencias, que existirán, sino la discriminación como desigualdad constitucionalmente inadmisibles, por estar fundada en criterios como los que menciona explícitamente este artículo. Se traduce en el derecho a no ser discriminado y no es un derecho fundamental autónomo, sino relacional, porque su violación siempre se produce en combinación con otras relaciones jurídicas¹²²³.

La amplia **doctrina del TC** sobre la igualdad en la ley puede resumirse recordando que las diferencias normativas son conformes con la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que nace esa diferencia muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin

¹²²⁰ SSTC 39/1986 de 31 marzo y 23/1989 de 2 febrero, entre otras.

¹²²¹ Véase el Artículo 14 CEDH, seguido por la jurisprudencia del TC. Entre otras SSTC 87/1991 de 25 abril y 114/1992 de 14 septiembre.

¹²²² STC 114/1987 de 6 julio, FJ 3: "El derecho a la igualdad ante la Ley, [...], impone al legislador y a quienes aplican la ley la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables, con prohibición de toda discriminación o desigualdad de trato que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable". Entre otras, véase también SSTC 42/1991 de 25 febrero y 159/1992 de 26 octubre.

perseguido. En consecuencia, para aceptar el trato diferente en situaciones homologables, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos, el TC exige que concurra la razonabilidad de la medida,

“...pues no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable”.

y la proporcionalidad,

“...pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino solo aquellas desigualdades en las que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”¹²²⁴.

Si la normativa de desarrollo del Artículo 14 CE y la internacional incidente sobre la misma materia es muy numerosa, también es uno de los preceptos más invocados en los recursos de amparo presentados por los ciudadanos ante el Tribunal Constitucional (el segundo, después del Artículo 24 CE relativo a la tutela judicial efectiva) y es, por tanto, un precepto sobre el que ha recaído una amplísima doctrina jurisprudencial, con numerosas resoluciones¹²²⁵.

¹²²³ Estas circunstancias hacen difícil la identificación de las vulneraciones al Artículo 14 CE por lo que, con esta finalidad, se emplearán medios como el llamado “*test de igualdad*” (véase SSTC 114/1987 de 6 julio y 158/1993 de 25 mayo, entre otras).

¹²²⁴ STC 179/2004 de 21 octubre 2004, FJ 5.

¹²²⁵ En un esfuerzo de síntesis se podrían destacar varios puntos de interés de dicha jurisprudencia. Así, el Tribunal Constitucional ha definido el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable; ha afirmado el carácter vinculante de este principio tanto para el legislador (igualdad en la ley), como para los órganos aplicadores del Derecho (igualdad en la aplicación de la ley) y los particulares (igualdad horizontal); ha matizado la vinculación de los particulares al principio de igualdad al señalar que su libertad de actuación solo está limitada constitucionalmente de forma directa por la prohibición de discriminar por las causas expresamente mencionadas en el Artículo 14, por considerarse de orden público, mientras que en lo demás ha de estarse a lo que establezcan las leyes y los jueces, que en todo caso deberán ponderar este trascendente principio con el de autonomía de la voluntad, implícito en la Constitución.

El Tribunal ha establecido también los criterios o elementos que permiten distinguir entre una diferencia de trato justificada y otra discriminatoria y, por tanto, constitucionalmente inadmisibles (desigualdad de los supuestos de hecho; finalidad constitucionalmente legítima; congruencia entre el trato desigual, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue; y proporcionalidad entre los elementos anteriores); ha otorgado a las condiciones personales explícitamente enunciadas en el artículo 14 (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión) el tratamiento de “categorías sospechosas de discriminación”, de tal modo que todo trato desigual basado en alguna de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso, necesitando un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad para pasar el *test* de constitucionalidad; ha admitido, con ciertas cautelas, la compatibilidad de las leyes singulares o de caso único con el principio de igualdad; y, por último, ha defendido la necesidad de

Referidas al **ámbito militar** se encuentran sentencias relacionadas con asuntos de gestión de personal, como pensiones o ascensos, de las que se comentará alguna.

En la STC **114/1987** de 6 julio, el recurrente en amparo, que había prestado servicios en la Legión, fue condenado por tráfico de estupefacientes a una pena de arresto menor y además fue expulsado de dicho Cuerpo como consecuencia de ello. Posteriormente y en razón de estos hechos, se le denegó la pensión de jubilación, retiro o haberes pasivos. En opinión del demandante, su derecho a la igualdad resultó vulnerado porque solo a los militares voluntarios en África se les exigía haber observado buena conducta como requisito para tener derecho a pensión de retiro, lo que no se impone a ningún otro trabajador ni funcionario (FJ 3).

El TC analizó si el requisito de la buena conducta exigido por la ley reguladora del derecho a pensión (de 1932) introducía un elemento discriminatorio de distinción. Convino el TC que en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, pueden darse ciertas exigencias directamente vinculadas a garantizar la específica disciplina, cohesión interna o respetabilidad pública de las instituciones en que se desenvuelven dichas relaciones. Y que aunque no sea posible apelar a un concepto abstracto de buena conducta, referido al comportamiento general del individuo, esta exigencia sí que puede concretarse en “conductas singulares jurídicamente debidas en razón del interés público protegido por la norma que impone dicho requisito”. Pero no obstante, incluso en este caso el principio de igualdad impone que la exigencia normativa de buena conducta guarde relación directa y razonable con la finalidad perseguida por la misma norma, porque de no ser así introduciría un factor discriminatorio (FJ 4).

hacer una interpretación dinámica y abierta de la igualdad formal del artículo 14, a fin de hacerla compatible con la igualdad real y efectiva de que habla el artículo 9.2 de la Constitución, lo que le ha llevado, entre otras cosas, a admitir la validez constitucional de las medidas de acción positiva y de discriminación inversa en relación con grupos sociales desfavorecidos (mujer, discapacitados, etc.).

Esta doctrina general se encuentra recogida en diversas resoluciones de los años ochenta del pasado siglo, fundamentalmente, las SSTC 8/1981, 10/1981, 22/1981, 23/1981, 49/1982, 81/1982, 34/1984, 166/1986, 114/1987, 116/1987, 123/1987, 128/1987 y 209/1988. También tienen interés, por los resúmenes y las citas que ofrecen, muchas Sentencias posteriores, entre las que destacan la 68/1991, 28/1992, 3/1993, 147/1995, 46/1999 y 39/2002.

Véase en Sinopsis Artículo 14 CE realizada por Luís Gálvez Muñoz. Universidad de Murcia. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.

En resumen, la ley puede condicionar el nacimiento del derecho a una pensión de retiro o de jubilación a la observancia de determinados requisitos objetivos, tales como el haber prestado servicio durante un cierto tiempo, pero no puede vincular la prestación consecuente a la observancia de condiciones como la buena conducta, que no guarda relación razonable de causalidad con el fin perseguido y que introduce desigualdades constitucionalmente inadmisibles, en cuanto que diferencia entre ciudadanos españoles (FJ 5).

El derecho a la igualdad impone al legislador y a quien aplica la ley, la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables, con prohibición de toda desigualdad de trato o discriminación que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable. En este caso, la buena conducta no tenía relación objetiva con el derecho a la pensión que se había obtenido cumpliendo un determinado tiempo de servicio, como para impedir el acceso a la prestación.

La STC **116/1987** de 7 julio, recordaba que los valores superiores del ordenamiento y los principios constitucionales pueden bastar para promover recursos o plantear cuestiones de inconstitucionalidad. También, que la legislación de amnistía se halla sometida al principio de igualdad y que este principio obliga a aplicar el mismo criterio a los militares profesionales que a los funcionarios civiles de la República, cualquiera que haya sido la fecha -anterior o posterior al 18 de julio de 1936- de los nombramientos de aquellos¹²²⁶.

De mayor interés general, también se encuentran sentencias relacionadas con el derecho a la tutela judicial efectiva y con aspectos procesales.

La STC **107/1986** de 24 julio, versa sobre la constitucionalidad de las penas accesorias específicas. El demandante de amparo (militar profesional) fue condenado en Consejo de Guerra como autor de un delito de estafa a una pena de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público,

¹²²⁶ Esta STC 116/1987 resolvía la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre la supuesta inconstitucionalidad de los Artículos 1, 2, 4 y 5 de la Ley 37/1984, de 22 de octubre, al definir los derechos que corresponden al personal de las Fuerzas Armadas de la República, por oposición a los Artículos 1.1, 9 y 14 de la Constitución. La cuestión de inconstitucionalidad fue estimada parcialmente y se formularon dos votos particulares por entender los Magistrados discrepantes, como cuestión de fondo, que el legislador era libre de establecer regímenes jurídicos diferenciados entre las categorías de personas que el texto legal recurrido contempla.

profesión, oficio y derecho de sufragio, durante el tiempo que durase la condena, y la accesoria específica militar de separación del servicio. Estimaba el demandante que, a diferencia con un ciudadano civil, el mismo delito cometido por un militar y por el simple hecho de serlo, trae consigo la separación definitiva del servicio, prevaleciendo así negativamente su condición de militar.

Según el TC, el principio de igualdad del Artículo 14 CE no permite establecer diferencias de trato entre situaciones semejantes, que no estén razonablemente justificadas y fundadas en un fin constitucionalmente lícito. Si se dan estas dos condiciones, no cabe apreciar que se produzca una vulneración del principio de igualdad. Así, en el caso de los militares, es posible un tratamiento penal diferente, por los mismos hechos, porque el legislador podrá imponer sanciones distintas a actuaciones similares, siempre que tal diferencia esté fundada en la voluntad de proteger la peculiar naturaleza y funciones de la institución militar, a la que el Artículo 8 CE asigna unas misiones cuyo cumplimiento exige que sus miembros esté organizados en forma específica y sujetos a un régimen jurídico singular.

Estimó el TC que la imposición al recurrente de la pena prevista en el Código de Justicia Militar, aun suponiendo un “plus” de punibilidad respecto a la aplicable para el mismo delito a los civiles, no resultaba discriminatoria o desproporcionada, porque en este caso no guardaría relación con la protección de la Institución militar ni con la salvaguardia del cumplimiento de las funciones constitucionalmente encomendadas a esta (FJ 6).

La STC **115/2001** de 10 mayo resolvía un recurso de amparo planteado por el recurrente (guardia civil) al que se le denegaba su personación, como acusación particular, en las diligencias previas abiertas con motivo de la denuncia que interpuso contra un Oficial de su misma Unidad, por vejaciones e insultos. Se alegaba la vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, por la prohibición legal de que los militares ejerzan la acusación particular, ni la acción civil, cuando el inculpado es militar y existe entre ellos relación jerárquica de subordinación¹²²⁷.

¹²²⁷ Artículo 108 LOCOJM: “Si la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar lesionare bienes o derechos de particulares, los perjudicados podrán mostrarse parte en el procedimiento, a cuyo fin se les hará ofrecimiento de acciones, dejando constancia en autos.

Consideraba el TC, que el legislador estimó plenamente constitucional introducir ciertas restricciones o limitaciones al ejercicio de la acción penal, atendiendo a la singularidad propia de la jurisdicción castrense (FJ 4). Pero como también el Artículo 117.5 CE le obliga a regular el ejercicio de la jurisdicción militar “de acuerdo con los principios de la Constitución”, el problema de constitucionalidad radicaba en la excepción introducida para impedir el ejercicio de la acusación particular “cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación” (FJ 5 y 6).

Por tanto era necesario determinar si esta exclusión encuentra suficiente justificación, objetiva y razonable, para no infringir el principio constitucional de igualdad del Artículo 14 CE, porque esta excepción desfavorable introducida por vía de desarrollo orgánico, para los militares vinculados por relación de subordinación, “implicaría un trato discriminatorio si no encontrase justificación bastante en el principio de disciplina y jerarquía propio de la institución militar en que aparece inspirado”. Debía analizarse pues, si la exclusión encontraba o no razonable justificación en la necesidad de salvaguardar la disciplina y jerarquía, para evitar el enfrentamiento como partes procesales, entre quienes se hallan vinculados por una relación de subordinación militar. Entiende el TC como incuestionable que la disciplina es un valor imprescindible en las Fuerzas Armadas, donde se convierte en principio configurador. Evita el recurso fácil a la “particular relación de sujeción especial en que se encuentran los militares” para justificar toda limitación al ejercicio de sus derechos fundamentales y considera que no son contrarias a estos derechos aquellas disposiciones legales limitativas de su ejercicio “que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de su misión”, entre las que sin duda han de figurar las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar la disciplina. No obstante, de este carácter esencial que tiene la disciplina en las Fuerzas Armadas no se deduce que el

No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria”.

Artículo 127 LOPM:” Salvo el supuesto del artículo 168 de la ley orgánica de la competencia y organización de la jurisdicción militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto

derecho a ejercitar la acusación particular y ser parte en el procedimiento deba excepcionarse, cuando exista una relación de subordinación jerárquica entre las partes. Con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estima el TC que el concepto de disciplina se refiere a la observancia del conjunto de reglas y preceptos que rigen la conducta del militar y, por tanto, a la idea de “respeto mutuo que preserve el principio de jerarquía”, por lo que la oposición entre partes no debe suponer riesgo cierto para la conservación de la disciplina militar, ya que la relación jerárquica cumple su cometido en el ámbito que le es propio, es decir, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar y por esto, el principio de la disciplina militar no debe exceder su propio ámbito para proyectarse en el del proceso (FJ 8).

A juicio del TC, esta prohibición no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas, conculcando el principio constitucional de igualdad del Artículo 14 CE; porque no se comprende que el enfrentamiento procesal entre militares relacionados jerárquicamente sea causa de un potencial deterioro de la disciplina militar. Entendió el TC que no existe justificación razonable y objetiva que legitime constitucionalmente la exclusión del ejercicio de la acusación particular por el ofendido o víctima del delito y que “tal exclusión o prohibición vulnera el principio de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 de la Constitución”(FJ 10).

Además, esta exclusión vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del Artículo 24.1 CE, al impedir el ejercicio de la acción penal a determinados miembros de la institución militar. Porque aunque este derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (FJ 11)¹²²⁸.

se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones...”. (Ley orgánica 2/1989 de 13 de abril, procesal militar).

¹²²⁸ Se suscitó cuestión interna de inconstitucionalidad sobre los artículos 108.2 de la Ley Orgánica de la competencia y organización de la jurisdicción militar y 127.1 de la Ley Orgánica procesal militar (Leyes Orgánicas 4/1987 y 2/1989). Hubo dos votos particulares, uno formulado por Jiménez de Parga y suscrito por otros dos Magistrados, apoyado en parte en una consideración y valoración distintas de la disciplina militar, en el que además estimaba improcedente plantear ante el Pleno una cuestión de inconstitucionalidad. Otro, formulado por Conde Martín, disientía del fallo de la Sentencia y de su fundamentación en la medida en que este se fundaba en la inconstitucionalidad de los artículos 108. 2 LOCOJM y 128.1 LOPM. Esta doctrina del TC se ha mantenido en las SSTC 157/2001 y 107/2004 de 28 de junio.

En la STC **157/2001** de 2 julio al demandante en amparo se le había negado su personación como acusación particular en una causa tramitada por delitos de abuso de autoridad o extralimitación en el ejercicio del mando. El Tribunal estimó el amparo, remitiéndose a los razonamientos jurídicos expresados en su STC 115/2001 de 10 de mayo y, al igual que en esta, decidió plantear ante el Pleno cuestión de inconstitucionalidad en relación con el Artículo 108.2 LOJM y con el Artículo 127.1 LOPM, respecto del inciso “excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación”.

La STC **179/2004** de 21 octubre, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad que se había suscitado como consecuencia de la comentada STC 115/2001 de 10 mayo, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del Artículo 108, párrafo 2º, de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, así como del Artículo 127, párrafo 1º, de la Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, procesal militar, en el inciso "excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación"¹²²⁹.

Tras coincidir el TC en que la subordinación jerárquica y la disciplina son valores primordiales para el cumplimiento eficaz de las misiones de las Fuerzas Armadas, entiende que la relación jerárquica entre sus miembros, “cumple su cometido en el ámbito que le es propio, es decir, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar” y que por esto “la disciplina militar no debe extravasar su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso”. Subraya que la pretensión de evitar enfrentamientos procesales entre militares entre los que existe relación jerárquica, para evitar que la animadversión que esto genera acabe afectando al mantenimiento de la disciplina, se contradice con otros preceptos de la legislación procesal militar. Recuerda el TC que en la legislación penal militar se contempla el deber de denunciar, en ciertos casos, lo que ya es una situación de enfrentamiento preprocesal, sin que el legislador haya advertido quiebra alguna para la disciplina militar y, sin embargo, no se permite al denunciante personarse como acusación

¹²²⁹ Cuestión de inconstitucionalidad nº. 2885-2001, planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional, en relación con los Artículos 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar y 127, párrafo 1, de la Ley

particular en el proceso penal incoado a consecuencia de dicha denuncia (Artículos 130.6 y 134 CPM). Además, el incumplimiento de este deber está tipificado como delito contra la Administración de la Justicia Militar (Artículo 181 CPM). Por otra parte, la propia ley procesal militar permite los careos entre inferior y superior. En definitiva, entiende el TC que

“...la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108.2 LOJM y en el art. 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas [...], por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 CE” (FJ 7).

Una de las áreas de clara influencia del **derecho comunitario** en el estatuto de los militares es la relativa al principio de igualdad, que aparece en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre la base de la no discriminación por razón de sexo¹²³⁰. Tendencia que se ha ido consolidando con posteriores desarrollos legislativos comunitarios, que recogen el principio de no discriminación y declaran nulas todas las regulaciones por vía de convenio colectivo o estatuto profesional que atenten contra el mismo. No obstante, exceptúa a los Estados de la aplicación de esta normativa en aquellas actividades profesionales en las que el sexo constituya una condición determinante, por razón de la naturaleza o condiciones de la actividad; inciso que ha permitido al Tribunal de Justicia conocer de asuntos relacionados con la igualdad en las condiciones de acceso a la profesión militar¹²³¹.

Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, por posible vulneración de los Artículos 14 y 24.1 CE, en relación con el inciso final del Artículo 117.5 CE.

¹²³⁰ Véase Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Primera Parte. Principios. Artículo 2: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante [...], la igualdad entre el hombre y la mujer, [...], la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”.

¹²³¹ Véase la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 febrero 1976 (modificada por la Directiva 2002/73/CE de 23 septiembre 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo), sobre la aplicación del principio de igualdad de trato a hombres y mujeres para el acceso al empleo, formación y promoción profesional y a las condiciones de trabajo.

El Artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE dispone: «1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

2. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio».

A este respecto, el TJCE ha delimitado los requisitos que debe cumplir un tratamiento desigual para hombres y mujeres, para que pueda ser compatible con el ordenamiento comunitario, sentando que será excepcional la discrecionalidad de los Estados a su favor y que no basta con que el tratamiento desigual esté basado en razones de seguridad pública, sino que la restricción concreta ha de superar el filtro del juicio de proporcionalidad entre el derecho afectado y el fin perseguido¹²³². Estos criterios han ido evolucionando en sentido restrictivo para la legislación estatal¹²³³.

En España, aunque las Reales Ordenanzas se anticiparon a la exclusión injustificada de las mujeres, al prohibir en su Artículo 185 cualquier forma de discriminación entre los miembros de las Fuerzas Armadas, incluso por razón de sexo, la incorporación voluntaria de la mujer fue regulada a consecuencia de la interposición de un recurso de amparo¹²³⁴.

¹²³² Véase PASCUA MATEO, F.: "Derechos fundamentales y fuerzas armadas...", cit. pp. 228-236.

¹²³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 1999. Angela Maria Sirdar contra *The Army Board y Secretary of State for Defence*. Asunto C-273/97. Se trataba de una soldado (cocinera del ejército) que fue rechazada para servir en una Unidad de Operaciones Especiales del Ejército Británico, porque en esa Unidad en concreto no se aceptaban mujeres en razón de sus misiones específicas de combate. En su Parte dispositiva, el Tribunal de Justicia declara:

"1) Las decisiones adoptadas por los Estados miembros en materia de acceso al empleo, de formación profesional y de condiciones de trabajo en las fuerzas armadas con objeto de garantizar la eficacia en combate no están, por regla general, excluidas del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. 2) La exclusión de las mujeres del servicio en unidades de combate como los Royal Marines puede estar justificada en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, [...], por razón de la naturaleza y de las circunstancias del ejercicio de las actividades de que se trata".

Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2000. Tanja Kreil contra *Bundesrepublik Deutschland*. Asunto C-285/98. Se trataba de una aspirante a ingresar en la *Bundeswehr*, como especialista de armas, que fue rechazada porque la Ley Fundamental de Bonn no permite que las mujeres puedan prestar servicio que implique el uso de armas. En su Parte dispositiva, el Tribunal de Justicia declara: "La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, [...], se opone a la aplicación de disposiciones nacionales, como las del Derecho alemán, que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que solo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar".

Esta Sentencia motivó que Alemania reformara su Ley Fundamental de conformidad con la misma, eliminando la prohibición general del uso de armas para dejarla en la prohibición de obligar a las militares a prestar servicios que impliquen el uso de armas.

¹²³⁴ Véase STC 216/1991 de 14 noviembre. Recurso de amparo promovido por una mujer aspirante a ingreso en Academia militar, en la que el TC estimó que la concurrencia de una desigualdad jurídica por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan, en referencia a la demora del legislador que, con el Real Decreto-ley 1/1988 de 22 febrero que había dado paso a la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, prolongó la situación de desigualdad en el acceso a la enseñanza superior militar en perjuicio de la población femenina hasta que no se realizaran "las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura en las Fuerzas Armadas" (FJ 6).

En este punto, conviene tratar brevemente sobre las proyecciones del principio de igualdad, entre las que destaca la llamada “**discriminación positiva**” o inversa, que comprende las medidas tendentes a revocar una situación histórica, sociológicamente heredada, de discriminación en contra de un determinado colectivo. La discriminación positiva se materializa en las llamadas “acciones afirmativas” o positivas, como es la reserva de un porcentaje de puestos de trabajo a un determinado colectivo, medidas que no tienen por qué ser consideradas previa y sistemáticamente como lesivas del principio de igualdad¹²³⁵.

Las medidas de discriminación positiva aparecieron en el derecho estadounidense para luchar contra la discriminación racial, aunque en Europa se han empleado para mejorar los aspectos relacionados con la igualdad de sexos.

En España se ha dado un importante paso adelante en materia legislativa con la **Ley Orgánica 3/2007 de 22 marzo, para la igualdad de mujeres y hombres**, de manera que las acciones dispersas de discriminación positiva se han integrado en un sistema de claro efecto sinérgico, dada la transversalidad con que se enfoca la regulación del derecho de igualdad de las mujeres; implantando medidas como el sistema de representación equilibrado de género, conocido como sistema de cuotas, siendo la finalidad general del sistema la de erradicar situaciones de desigualdad histórica¹²³⁶.

La Ley Orgánica 3/2007, se estructura en un Título preliminar, ocho Títulos, treinta y una disposiciones adicionales, once transitorias, una derogatoria y ocho finales. Como indica su exposición de motivos, la igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido, así como un principio

¹²³⁵ Véase STC 216/1991 de 14 noviembre, FJ 5: “La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial. Así lo viene entendiendo este Tribunal constantemente [...]”.

¹²³⁶ “La transversalidad de género es una técnica jurídica que tiene como finalidad la implementación de las políticas de género en los textos legislativos, para fomentar la igualdad real entre mujeres y hombres de la sociedad”. Véase BALAGUER CALLEJON, María Luisa: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*. 2007, cit. pp. 85-94.

fundamental en la Unión Europea¹²³⁷. Pero no obstante, el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, ha resultado insuficiente para alcanzar la igualdad efectiva, por lo que es necesario articular

“...una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla” (Exposición de motivos).

Esta Ley Orgánica 3/2007 busca la eficacia en la prevención de conductas discriminatorias, mediante la articulación de un conjunto de medidas activas que conformen una política eficaz a favor del principio de igualdad, por lo que sus preceptos se proyectarán sobre diferentes ámbitos normativos. Se potencia así la dimensión transversal de la igualdad actuando en dos líneas: la adopción de medidas de acción positiva y la remoción de “situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal”.

Como es natural, las Fuerzas Armadas no pueden quedar al margen de esta proyección transversal del principio de igualdad, por lo que en su Título V (El principio de igualdad en el empleo público), se regula específicamente el respeto del principio de igualdad en las Fuerzas Armadas (Capítulo IV), que resulta reforzado con la previsión de que, en este ámbito, sean también de aplicación las normas relacionadas aplicables en las Administraciones públicas, adaptadas al caso¹²³⁸.

Lógicamente, las disposiciones adicionales recogen las modificaciones necesarias en las leyes vigentes para ajustarlas a esta Ley Orgánica 3/2007. Así,

¹²³⁷ En particular, esta ley incorpora a nuestro ordenamiento dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. (Exposición de motivos).

¹²³⁸ Artículo 65. Respeto del principio de igualdad: “Las normas sobre personal de las Fuerzas Armadas procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en especial en lo que se refiere al régimen de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas”.

Artículo 66. Aplicación de las normas referidas al personal de las Administraciones públicas: “Las normas referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas Armadas, con las adaptaciones que resulten necesarias y en los términos establecidos en su normativa específica”.

la **Disposición adicional vigésima**, modifica la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, como sigue:

- Da nueva redacción al Artículo 108.2 LRPFAS (Órganos de evaluación), para que los órganos de evaluación se adecuen, en lo posible, al principio de composición equilibrada definido en esta LO 3/2007.

- Se incluye un nuevo apartado (4º) en el Artículo 112 LRPFAS (Condiciones para el ascenso), dando a la mujer “especial protección en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso a todos los empleos de militar profesional”.

- Da nueva redacción al Artículo 132 LRPFAS (Atención a la familia), para que durante el embarazo se le pueda asignar a la mujer un puesto o cometido adecuado a las circunstancias de su estado.

- Da nueva redacción al Artículo 141.1.e) LRPFAS (Situación de excedencia voluntaria), adaptando esta situación de excedencia en los casos de acogimiento, cuidado directo de un familiar o agrupación familiar.

- Se incluye un nuevo apartado 6 en el Artículo 148 LRPFAS (Finalización y resolución del compromiso) prorrogando el compromiso de quienes deban causar baja en las Fuerzas Armadas, por fin del mismo, cuando se hallen en situación de embarazo, parto o posparto, hasta finalizar esas situaciones.

Esta adaptación tuvo una vida bien corta, dado que la **Ley 39/2007**, de 19 de noviembre, de la carrera militar, en su Disposición derogatoria única, derogó la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (excepto algunos preceptos).

La derogada Ley 17/1999 abordaba el régimen de la mujer en las Fuerzas Armadas aplicando con decisión el principio de igualdad, sin hacer distinciones en los destinos a ocupar por los militares; aunque permitía establecer diferencias en las pruebas físicas de acceso, al distinguir entre hombre y mujer en el cuadro de condiciones exigibles, únicas diferencias por razón de sexo que podrían existir en los sistemas de selección para el ingreso¹²³⁹. En su articulado se establecían

¹²³⁹ Véase Artículo 63.4 LRPFAS. Acceso a la enseñanza militar de formación.

En el Artículo 24.3 LRPFAS (Capacidades para el ejercicio profesional) no aparece referencia alguna respecto a distinción de cometidos por razón de sexo: “3. Todos los militares de carrera realizarán los servicios y comisiones que en su categoría y empleo puedan corresponderles en su

algunas precisiones encaminadas a bloquear cualquier desviación del principio general de no discriminación. Así, para ocupar determinados destinos se establece que si bien se podrán incluir límites de edad o condiciones psicofísicas especiales debidamente acreditadas, estas no contendrán distinción alguna por razón de sexo¹²⁴⁰. En cambio existían previsiones que sí tenían en cuenta el sexo, como la posibilidad de asignar a la mujer militar profesional embarazada un puesto orgánico distinto del que estuviere ocupando, adecuado a las circunstancias de su estado¹²⁴¹. También imponía a los Centros de selección de reservistas obligatorios que, en el caso de las mujeres, no fueran asignadas a puestos de unidades de la Fuerza, salvo que manifestaran expresamente su voluntariedad para ello¹²⁴².

Este conjunto de medidas sostenía la discriminación inversa por doble baremo para el acceso a la profesión militar, sin excluir puesto o destino alguno que no pueda ocupar una mujer; no obstante, para el acceso a determinados destinos se podría exigir límite de edad o condiciones psicofísicas especiales, “sin distinción alguna por razón de sexo” (Artículo 129.2 LRPFAS)¹²⁴³. Medidas que han desaparecido en virtud la derogación efectuada por la **Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la carrera militar** (LCM) y que han sido reemplazadas por la regulación que hace este texto legal¹²⁴⁴.

La Ley 39/2007 LCM, sienta en su Preámbulo que tiene entre sus objetivos “la igualdad efectiva de mujeres y hombres en todo lo relacionado con el acceso a las Fuerzas Armadas, su formación y carrera militar”; así como la conciliación de la vida profesional, personal y familiar, con la disponibilidad permanente para el servicio. Todo ello en respuesta a la realidad que constituye la presencia de la mujer en el Ejército, que además aumenta constantemente. Siguiendo esta pauta

unidad, centro u organismo, unidad superior o demarcación territorial a la que pertenezcan, siempre que no exista ninguna incompatibilidad de acuerdo con la ley”.

¹²⁴⁰ Véase el derogado Artículo 129 LRPFAS. Normas sobre provisión de destinos.

¹²⁴¹ Véase el derogado Artículo 132 LRPFAS. Atención a la familia.

¹²⁴² Véase el derogado Artículo 182. 3,a LRPFAS. Centros de selección.

¹²⁴³ Véase el derogado Artículo 63.4 LRPFAS y Artículo 5.6 del RD 1735/2000 de 20 octubre.

¹²⁴⁴ LCM. Disposición derogatoria única. Derogaciones y vigencias: 1. [...] Quedan derogadas la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, excepto los artículos 150 a 155 y 160 a 162, la disposición final segunda y las disposiciones que se citan en el apartado siguiente, que continuarán en vigor, [...] 3. En las disposiciones vigentes, las referencias y remisiones a la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, se entenderán efectuadas a esta ley, salvo en relación a las materias de la citada ley que quedan en vigor según esta disposición.

general, se aplicará el principio de igualdad de trato y de oportunidades conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007.

A lo largo del articulado se van encontrando preceptos sobre igualdad.

Así, el Artículo 6 LCM (Igualdad de género y conciliación de la vida profesional, personal y familiar), que afirma explícitamente que “la igualdad de trato y de oportunidades es un principio que en las Fuerzas Armadas se aplicará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007”; asimismo, contempla la aplicación en las Fuerzas Armadas de “las normas y criterios relativos a la igualdad, la prevención de la violencia de género y la conciliación de la vida profesional, personal y familiar”, vigentes para el personal al servicio de la Administración General del Estado, con las necesarias adaptaciones y desarrollos.

El Artículo 56 LCM (Requisitos generales para el ingreso en los centros docentes militares de formación), establece que “en los procesos de selección no podrán existir más diferencias por razón de género que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, [...], puedan considerarse [...] exigibles para el ingreso”. Asimismo, remite al reglamento la determinación de “la forma en que las aspirantes realizarán las pruebas si están condicionadas por embarazo, parto o posparto...”.

El Artículo 72 LCM (Régimen de los alumnos de cursos de perfeccionamiento y de altos estudios de la defensa nacional), también remite al reglamento para arbitrar el modo de facilitar nuevas oportunidades de asistencia a estos cursos para las mujeres “cuando por situaciones de embarazo, parto o posparto no puedan concurrir a la convocatoria”.

El Artículo 87 LCM (Órganos de evaluación), establece que los órganos de evaluación se compondrán “adecuándose en lo posible a la aplicación equilibrada del criterio de género”, entre otros criterios determinados reglamentariamente. .

El Artículo 90 LCM (Condiciones para el ascenso), prevé que a la mujer se le proporcione “especial protección en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso...”.

El Artículo 101 LCM (Provisión de destinos) establece derecho preferente para cambiar de destino a la mujer víctima de violencia de género, para hacer efectiva su protección. Asimismo, durante el embarazo tendrá derecho a ocupar

un puesto o cometido adecuado a las circunstancias de su estado que podrá ser distinto al habitual, sin que esto implique pérdida del destino.

El Artículo 110 LCM recoge una modalidad de excedencia “por razón de violencia de género”, que las mujeres víctimas podrán solicitar “sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia”, siéndole computables los seis primeros meses (prorrogables hasta dieciocho) a efectos de tiempo de servicios, condiciones para el ascenso, reserva del destino que ocupasen, trienios y derechos pasivos y percibiendo las retribuciones íntegras de su último destino, durante los dos primeros meses.

Finalmente, el Artículo 136 LCM relativo a la declaración general de reservistas obligatorios, remite al reglamento para regular las causas que permitan suspender la incorporación del reservista, entre las que figuraran “causas de carácter personal, profesional, de género o de otra índole”¹²⁴⁵.

Podemos concluir que la actual legislación militar es conforme con el marco general para la adopción de acciones positivas que ha venido a delimitar la vigente Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Como síntesis, conviene quedarse con la idea de que actualmente las mujeres pueden desempeñar cualquier puesto en el seno de las Fuerzas Armadas, sin limitación alguna¹²⁴⁶.

En el **ámbito comparado**, las legislaciones nacionales presentan variaciones y matices en torno a las medidas de discriminación inversa. Unos establecen distintos baremos para las pruebas físicas en razón del sexo, al tiempo que excluyen a la mujer del servicio en ciertas Unidades de gran exigencia física o de cometidos especiales (Luxemburgo, Irlanda, Portugal, Francia o Italia). Otros, como el Reino Unido, han evolucionado hacia la exigencia de condiciones físicas en razón del puesto, sin distinción de género, sobre la idea de que cualquier

¹²⁴⁵ Una observación a modo de anécdota: En la Ley de la carrera militar, la palabra “mujer” se emplea nueve veces (7 en la derogada LRPFAS), en tanto que “hombre” solo en dos ocasiones (3 en la derogada LRPFAS); “discriminación” dos veces (2 en la derogada LRPFAS), y “sexo” ninguna (3 en la derogada LRPFAS).

¹²⁴⁶ Véase Real Decreto 66/2000, de 21 de enero, por el que se modifican las condiciones de acceso a Militar Profesional de Tropa y Marinería de las Fuerzas Armadas :” ...eliminándose de esta forma, [...], cualquier discriminación al no hacer distinciones en los destinos que pueda ocupar la mujer en el desarrollo de su ejercicio profesional, sin perjuicio de que puedan

medida discriminatoria no puede reducir la capacidad de combate del Ejército Británico.

La **doctrina** también ha advertido sobre los posibles efectos indeseados de la discriminación positiva. Así, Pascua Mateo advierte sobre el impacto previsible y futuro de las medidas de acción afirmativa o discriminación positiva que han ido apareciendo en la legislación militar; de manera que, vista la tendencia jurisprudencial del TJCE tanto en cuanto a la aplicación del derecho comunitario a las Fuerzas Armadas, parece probable que se invierta la tendencia declarando la incompatibilidad de esas medidas de discriminación inversa con el ordenamiento europeo. Observa que en la jurisprudencia del TJCE se advierte la intención de frenar los excesos de las legislaciones nacionales en esta materia, rechazando la aplicación sistemática de ciertas preferencias en razón del sexo y estimando que las excepciones son admisibles cuando se trata de situaciones equiparables; que no es el caso de la aplicación directa y sistemática de dobles baremos, por cuanto permiten que candidatos con mejores marcas o méritos objetivos sean excluidos simplemente por razón del sexo¹²⁴⁷.

Torres del Moral observa el peligro de la acción positiva o afirmativa en beneficio de la igualdad real de la mujer, porque puede volverse contra su finalidad original, perpetuando una discriminación que ahora sería doble por comprender también la del varón¹²⁴⁸.

Finalmente, respecto a la desigualdad del militar respecto al ciudadano común, el TC lo llama trato de “disfavor” y lo estima admisible solo si está justificado en la preservación de la disciplina y organización militar¹²⁴⁹. En cambio,

establecerse diferencias en las condiciones físicas para el acceso al aplicar distintos parámetros al hombre y a la mujer...”.

¹²⁴⁷ PASCUA MATEO, F.: “Derechos fundamentales y fuerzas armadas...”, cit. pp.241-247.

¹²⁴⁸ TORRES DEL MORAL, Antonio: “¿Qué igualdad?”, *Revista de Derecho Político*, nº.44, 1998, p.100.

¹²⁴⁹ Véase la STC 72/1994 de 3 marzo, que estimaba una cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado Togado:

FJ 5: “Este Tribunal ha admitido que los rasgos organizativos del Ejército -inherentes a su función- justifican peculiaridades del régimen penal penitenciario del personal que lo integra, cuando se demuestra adecuadamente la conexión entre la diferencia de trato examinada y la salvaguardia de aquellos valores, imprescindibles para que la institución militar conserve sus perfiles (STC 97/1985). En este sentido, la STC 180/1985 ha considerado no discriminatoria la inaplicabilidad del beneficio de suspensión de condena, por entender que este trato de disfavor se orientaba, de modo manifiesto, «a preservar y reforzar mediante una mayor severidad para con el condenado, aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina», y que esta finalidad de la norma y la delimitación personal que a la misma se liga no podían considerarse contrarias al art. 14 C.E. De acuerdo con esa doctrina, hemos de examinar si las exigencias específicas de unidad y disciplina

el Tribunal Supremo, aún maneja conceptos que parecen doctrinalmente regresivos, al estimar la voluntariedad del acceso a la función militar, además de las misiones de las Fuerzas Armadas, como argumentos para fundar el trato desigual¹²⁵⁰.

En cuanto a la **evolución futura**, es justo resaltar el esfuerzo del TC en la interpretación jurisprudencial de principios centrales como son los de jerarquía y disciplina, con tendencia a aproximar la jurisdicción militar a la civil en cuanto a favorecer las posiciones del militar, procesales y otras.

En cuanto a la discriminación positiva de la mujer en las Fuerzas Armadas, es previsible que, dada la transversalidad propia de las políticas igualitarias, se continúen recibiendo y adaptando cuantas medidas legislativas se adopten con carácter general en este sentido; no obstante, conviene no perder de vista la advertencia doctrinal sobre los efectos indeseables de la discriminación positiva.

6.4.2. DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y A LA SEGURIDAD PERSONAL. EL *HABEAS CORPUS*.

Artículo 17 CE: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley [...]. 4. La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida

de los Ejércitos justifican esta diferencia de trato que es, se ha de subrayar, un trato de desfavor [...]”.

FJ 6:”Los términos del debate han de centrarse en la razonabilidad, a la luz del art. 14 C.E., de la diferencia de trato de los presos que conserven la condición de militares respecto de los restantes (militares o no), en la exclusión de aquéllos del beneficio de redención de penas por el trabajo; y en si la disciplina militar puede justificar por sí misma esta diferenciación excluyente”.

¹²⁵⁰ STS de 29 abril 1997 (Sala Quinta), Fundamento de Derecho Primero. En el recurso de casación interpuesto contra Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero, denunciaba el recurrente una vulneración del Artículo 14 CE por entender que se le discriminaba de los demás ciudadanos, al someter al conocimiento de una jurisdicción especializada, lo que debiera conocer la jurisdicción ordinaria en razón a la índole íntima de lo sucedido. El TS abordó la cuestión desestimando esa presunta vulneración de un derecho fundamental, porque tratándose de “hechos ocurridos entre dos miembros de la Guardia Civil, a cuyo Cuerpo han accedido voluntariamente, con el pleno conocimiento del plus de rectitud e integridad moral exigible a dichos miembros, en relación a la ciudadanía en general, como depositarios de unos valores que están obligados a defender, no es concebible ni admisible que se alegue discriminación alguna por ser tratados por su condición de militares, y no como ciudadanos, cuando la razón de su enjuiciamiento por la Jurisdicción Castrense estriba, en la naturaleza militar del delito imputado y, precisamente, por la condición militar de la que no pueden desprenderse, mientras permanezcan en dicho Cuerpo”.

ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Después del derecho a la vida, la libertad personal es el primero de los derechos cuya protección ya contemplaba la Carta Magna inglesa (1215).

Libertad e igualdad son los derechos fundamentales de referencia en el constitucionalismo. La libertad aparece bajo distintas formas en las constituciones modernas, como criterio inspirador, como fundamento del orden político o como derecho fundamental de carácter subjetivo, centrado en la libertad física¹²⁵¹. La importancia de este derecho se refleja en el tratamiento dado por el constituyente, reflejado en su régimen de garantías y en el procedimiento de *habeas corpus*. Así, el Artículo 17 CE contiene una reserva de ley específica, además de la reserva de ley genérica que el Artículo 53.1 CE previene para todos los derechos del Capítulo II del Título I de la Constitución y, por otra parte, lo preceptuado en este Artículo está estrechamente relacionado con el principio de legalidad penal del Artículo 25 CE¹²⁵².

Suprimidas las jurisdicciones especiales por virtud del Artículo 117.5 CE, salvo lo dispuesto para la militar en el ámbito estrictamente castrense, el juez legal para adoptar resoluciones de limitación o privación de libertad, es el juez penal; que adoptará esas medidas sobre la fundada sospecha de la comisión de un delito y a través del proceso penal¹²⁵³.

¹²⁵¹ Véase LÓPEZ AGUILAR, Fernando: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa; Montilla Martos, José Antonio. Tecnos (2ª edición), Madrid, 2007, pp. 147-154.

¹²⁵² Que en el caso de penas privativas de libertad, precisará de ley orgánica (Artículo 81 CE), según ha recordado el Tribunal Constitucional (SSTC 160/1986 de 16 de diciembre o 118/1992 de 16 de septiembre, entre otras).

¹²⁵³ Gimeno Sendra se preguntaba (según la legislación vigente en 1985) si la exclusividad de la jurisdicción penal en esta materia podía extenderse en algunos casos a la jurisdicción civil, no obstante la precisión del Artículo 11 PIDCP por el que “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”. Sobre esta base citaba algunos casos, como el arresto del quebrado, ya que no incumpliría el Artículo 17.1 CE ni el CEDH “el juez civil que dispusiera, previo el oportuno requerimiento, la detención de un deudor que manifiesta y abiertamente, en el curso de un proceso civil, se negara a satisfacer un derecho de crédito, creado por el imperio de la Ley”; Otros supuestos serían la detención de menores con la finalidad de vigilar su educación o hacerle comparecer ante la autoridad competente, el internamiento de personas sospechosas de padecer alguna enfermedad infecto-contagiosa, y la práctica forzosa de análisis sanguíneo en orden a determinar la investigación de la paternidad. Véase GIMENO SENDRA, Vicente: *El proceso de “habeas corpus”*, Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1985, pp. 21-26.

Todas las personas son titulares del derecho, con independencia de su nacionalidad y sin perjuicio de que la regulación de los supuestos o el régimen de privación de libertad puedan variar en determinados casos, según se trate de españoles o extranjeros.

Aunque normalmente este derecho se opone frente a los poderes públicos, también puede emplearse frente a los particulares según se desprende de la Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus (Artículo 1).

Conforme a la Constitución vigente, los **supuestos en los que se puede privar de libertad** a una persona son la detención preventiva, la prisión provisional y la prisión. No obstante, existen otras posibilidades de restricción de la libertad, en forma de privaciones de libertad de corta duración, como la denominada "retención" a efectos de identificación, presente en la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana.

La **detención preventiva** (Artículo 17.2 CE), tiene por objeto facilitar las actuaciones para el esclarecimiento de hechos delictivos. No podrá mantenerse más que el tiempo estrictamente necesario para ese objeto y el detenido debe ser puesto en libertad o a disposición judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, que puede reducirse si se ha cumplido con la finalidad prevista antes de ese plazo.

El propio Artículo 17 CE estableció las garantías del detenido, que después han sido desarrolladas legal y jurisprudencialmente¹²⁵⁴.

El plazo de detención fijado con carácter general, puede ampliarse en el caso de elementos terroristas o integrantes de bandas armadas conforme al

¹²⁵⁴ Que en síntesis son las siguientes:

- El detenido ha de ser informado de los motivos de su detención y de sus derechos, de manera que le sea comprensible.
- No puede ser obligado a declarar, tiene derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, a declarar solo parcialmente o a manifestar que solo declarará ante el juez.
- Tiene derecho a asistencia letrada, con abogado de su elección o designado de oficio.
- Tiene derecho a comunicar a un familiar u otra persona de su elección el hecho y el lugar de la detención.
- Tiene derecho a ser asistido por un intérprete, si no comprende o no habla castellano.
- Tiene derecho a ser reconocido por un médico de la Administración pública.

Artículo 55.2 CE¹²⁵⁵, en cuyo caso podrá prorrogarse por cuarenta y ocho horas más, siempre que lo autorice el juez mediante resolución motivada.

Este régimen general de la detención se altera en caso de declaración del estado de excepción, porque se autoriza a la autoridad gubernativa para que pueda detener a cualquier persona por un plazo no superior a diez días, aunque comunicándolo al juez y manteniéndose las garantías del Artículo 17.3 CE¹²⁵⁶.

La Ley Orgánica 1/1992 de 21 febrero, de Seguridad Ciudadana (Artículo 20), permite que las Fuerzas de Seguridad puedan requerir a las personas que no pudieran identificarse a acompañarles a dependencias próximas a los solos efectos de permitir su identificación y por el tiempo imprescindible para ello. Esta **retención** no podrá superar el plazo establecido para la detención preventiva y, en su caso, se computaría junto con esta, de manera que el plazo máximo entre ambas situaciones nunca supere las setenta y dos horas.

Entre los supuestos especiales de detención se encuadra el caso de la **detención de militares**. Tradicionalmente se ha legislado que estos solo pueden ser detenidos por sus jefes y que su arresto o privación de libertad había de cumplirse en establecimientos militares. Esta cuestión ya se reguló durante la Segunda República por Decreto de 11 julio 1934¹²⁵⁷ y sus líneas generales se han venido manteniendo, según recogían las Reales Ordenanzas en los recientemente derogados Artículos 172 y 173 ROFAS¹²⁵⁸. Actualmente, el

¹²⁵⁵ Desarrollado por el Artículo 520 bis de la Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹²⁵⁶ Conforme a lo establecido en el Artículo 16 de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

¹²⁵⁷ En el preámbulo del Decreto se recuerda que el que los militares sufran su privación de libertad en establecimientos militares, ni obedece al capricho ni es un privilegio, "sino que nace de la peculiar y especialísima naturaleza de las instituciones armadas que exigen modalidades también especiales que hagan compatible la aplicación de los preceptos de la legislación general con la índole de la función y servicios que le están encomendados". (Gaceta de Madrid Núm.193, de 12 julio 1934, pp.389-390).

¹²⁵⁸ Artículo 172d ROFAS. "El militar solo podrá ser privado de su libertad o bienes en los casos previstos por la Ley en la forma que esta disponga. Por la autoridad que hubiere adoptado la resolución será informado inmediatamente de los motivos de esta y de los recursos que con arreglo a derecho pueda presentar en su defensa; en ningún caso podrá ser privado de los derechos pasivos que le correspondan". Derogado por la Ley 39/2007 de 19 de noviembre (LCM). Artículo 173d ROFAS. "La citación, detención, juicio y prisión del militar en activo se ajustara a lo establecido en el Código de Justicia Militar y demás Leyes que sean de aplicación. Cuando se encuentre desempeñando un servicio de armas u otro cometido esencialmente militar solo podrá ser detenido por sus jefes, a no ser que hubiera cometido delito y estuviera fuera del alcance de los mismos. Cualquier miembro de las Fuerzas Armadas que fuera detenido por autoridad no militar o sus agentes legalmente autorizados para ello tendrá la obligación de identificarse y el derecho y deber de comunicar inmediatamente con sus superiores, y no se le podrá retener en

régimen de detención de militares está pormenorizado en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar¹²⁵⁹. En ella se distingue entre el militar ajeno al servicio activo, al que se le aplicará la legislación común (Artículo 202) y el militar en activo que, en este aspecto, será objeto de un trato constitucionalmente privilegiado respecto al común de los ciudadanos. El detenido u otras personas especificadas podrán acudir ante el juez togado militar en demanda de *habeas corpus* (Artículo 203). Como norma general, la detención de un militar en activo se efectuará conforme dispone el ordenamiento común, en particular si se trata de flagrante delito; pero si la medida no sufre retraso con perjuicio grave y el sujeto está al alcance de sus jefes, se ejecutará por mediación de estos; distinguiendo si se halla desempeñando un servicio de armas u otro cometido esencialmente militar, en cuyo caso se hará solamente por sus jefes, salvo caso de delito flagrante o que esté fuera de su alcance. Por otra parte, si está dentro de recinto militar se interesará la detención del jefe de mayor empleo y antigüedad, que estando destinado allí, se encuentre presente (Artículo 205). A la Autoridad militar de quien se interese una detención, se le exige que actúe de manera inmediata y diligente por el buen fin de la misma (Artículos 206 y 207). En cuanto a las circunstancias de la detención, una vez efectuada, el detenido permanecerá en establecimiento militar, donde estará a disposición de quien la haya dispuesto (Artículos 208 y 209). Entre otros aspectos formales, el militar detenido solo permanecerá en establecimientos no militares o dependencias civiles el tiempo indispensable para la práctica de las diligencias, debiendo permanecer separado del resto de detenidos, para ser entregado a la mayor brevedad a la Autoridad militar de quien dependa (Artículo 210 y 211). Los traslados del detenido se efectuarán siempre por militares de igual o superior empleo (Artículo 213). Si el motivo de la detención es la comisión de un falta o infracción administrativa, una vez acreditada su condición de militar ante los agentes, no podrá ser conducido a ninguna dependencia policial, debiendo estos limitarse a anotar sus datos personales y destino para el trámite de la denuncia que corresponde (Artículo 214).

dependencias policiales o gubernativas más tiempo que el imprescindible para la formación del atestado o diligencias". Derogado por la Ley 39/2007 de 19 de noviembre (LCM).

¹²⁵⁹ En el Libro II (De los procedimientos ordinarios militares. Título II (Del sumario). Capítulo VIII (De las medidas cautelares sobre personas). Sección 2 (De la detención). Artículos 200 al 214).

En síntesis, la regla general es que para detener a un militar en activo hay que hacerlo a través de la Autoridad militar, cuando esté desempeñando un servicio de armas o cometido específico y siempre que esté al alcance de sus jefes. En caso de detención por Autoridad no militar, por estar fuera de alcance, razones de urgencia o flagrante delito, deberá comunicarse esta detención inmediatamente a la Autoridad militar, sin que pueda retenerse al detenido más allá de lo indispensable para las diligencias o atestado.

La finalidad de la medida de **prisión provisional** es garantizar la presencia del imputado en el juicio. La Constitución señala que los plazos máximos de prisión provisional estarán establecidos mediante ley y así se ha desarrollado en la ley de enjuiciamiento criminal. El criterio seguido es fijar el tiempo máximo de prisión provisional de acuerdo con las penas previstas para el delito que se imputa, así como el carácter de dicho delito y la alarma social que provoque. Conviene insistir en que el juez dictará la prisión provisional de forma motivada y acorde con los fines de la medida, ponderando las circunstancias personales del procesado, sin que la alarma social o el carácter del delito baste para decretar la prisión, debiendo optar por medidas menos restrictivas si de ese modo se garantiza la presencia en el juicio.

La **prisión** solo podrá decretarse mediante sentencia de acuerdo con lo establecido en las leyes. Conforme al Artículo 25 CE, la prisión solo conlleva la pérdida de los derechos "expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria", inherentes a la privación de libertad, o los que puedan establecerse como pena accesoria, en su caso, como por ejemplo la privación del derecho de sufragio. No obstante, por las condiciones propias de la privación de libertad y la disciplina de los centros penitenciarios, algunos derechos como el secreto de comunicaciones (Artículo 18.3 CE) pueden sufrir limitaciones, conforme a la normativa penitenciaria¹²⁶⁰.

¹²⁶⁰ Véase el Real Decreto 1396/1992, de 20 noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Militares Penitenciarios. Por ejemplo, su Artículo 19: "Las comunicaciones orales, especiales, escritas y telefónicas, así como las que puedan mantener los internos con abogados, procuradores, autoridades y profesionales y la recepción o envío de paquetes y encargos se regirán por lo establecido en el Reglamento Penitenciario común, teniendo en cuenta las siguientes normas específicas:[...]".

El *habeas corpus* es una garantía frente a vulneraciones del derecho a la libertad que la Constitución ha recogido en su Artículo 17.4 CE. Es una garantía específica del derecho de libertad personal, que no obstaculiza la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Esta institución se tiene por propia del derecho anglosajón, donde desde antiguo se acreditó como idónea para proteger la libertad personal frente a la arbitrariedad de los agentes del poder público, aunque también existen antecedentes en el Derecho histórico español, como el denominado "juicio de manifestación de personas" del reino de Aragón (siglos XV-XVI)¹²⁶¹. Constituye una garantía frente a cualquier privación de libertad ilegítima y fue regulada mediante la Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, reguladora del Procedimiento de Habeas Corpus (LOHC)¹²⁶².

Aunque se discute su auténtica naturaleza, la institución del *habeas corpus* es una garantía adicional, única y específica, una técnica para la protección del más fundamental de los derechos, la libertad personal¹²⁶³. En un primer momento, el Tribunal Constitucional configuró el *habeas corpus* como un auténtico derecho susceptible de recurso de amparo, para después calificarlo como garantía institucional, con más propiedad¹²⁶⁴. Con el *habeas corpus* se pretende solucionar rápida y eficazmente los supuestos de detenciones no justificadas legalmente o que transcurran en condiciones ilegales, por lo que su regulación exige la

¹²⁶¹ Fairén Guillén remonta los antecedentes del *habeas corpus* al derecho romano, encontrándolos en el interdicto *De homine libero exhibendo* del *Codex Theodosianus* y en el Canon II del XIII Concilio de Toledo que prohibía la detención, tormento, muerte o privación de honores sin pruebas ni juicio previo. Véase FAIRÉN GUILLÉN, V: "Comentarios a la Constitución de 1978: el *habeas corpus* del artículo 17.4 y la manifestación de personas", *Revista de Administración Pública* nº. 88, 1979, pp.27-28.

Para los antecedentes históricos medievales, ingleses y de las constituciones españolas, véase GUDE FERNÁNDEZ, A.: *El habeas corpus en España...*, cit. pp.28-42.

¹²⁶² En los debates habidos en las Cámaras, no hubo oposición al establecimiento de una jurisdicción especial para conocer de las solicitudes de *habeas corpus* presentadas por militares; si bien el diputado Pérez Royo había solicitado en la Comisión del Congreso la supresión de las competencias del Juez Togado Militar en esta cuestión.

¹²⁶³ STC 208/2000 de 24 julio FJ 3: "Aunque se discute si este procedimiento tiene una naturaleza bien cautelar, bien de amparo ordinario, bien de remedio interdictal destinado a la protección de la libertad, lo relevante en clave sistemática es que el constituyente quiso que la libertad del art. 17 C.E. fuera el único derecho fundamental que contuviera una garantía adicional, única y específica en el marco de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, consistente en un mecanismo *ad hoc* para evitar y hacer cesar de manera inmediata las vulneraciones del derecho mediante la puesta a disposición ante el órgano judicial de la persona privada de libertad". Algunas posiciones doctrinales respecto a la naturaleza jurídica del *habeas corpus* está reseñadas de manera sucinta en GUDE FERNÁNDEZ, A.: *El habeas corpus en España...*, cit. p.55-58.

¹²⁶⁴ STC 31/1985 de 5 de marzo, STC 44/1991 de 25 de febrero.

articulación de un procedimiento lo suficientemente rápido como para permitir la verificación judicial inmediata de la legalidad y de las condiciones de la detención y lo bastante sencillo como para que sea accesible a todos los ciudadanos. Para la consecución de estos objetivos, la LOHC se apoya en cuatro principios: agilidad en el procedimiento; sencillez, por la carencia de formalismos; generalidad, sin que quepa en este sentido excepción de ningún género, ni siquiera en lo referente a la Autoridad militar; universalidad, porque el procedimiento alcanza no solo a la detención ilegal, sino también a las detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales¹²⁶⁵.

Mediante el *habeas corpus* se trata de determinar la licitud o ilicitud de la detención¹²⁶⁶. La ilicitud de la privación de libertad puede tener diferentes causas:

- Detención sin que concurren los presupuestos legales.
- Privación de libertad ilícita, por insuficiencia o carencia de cobertura legal o por producirse en centro o bajo autoridad distintos de los legalmente establecidos¹²⁶⁷.
- Transcurso del tiempo legalmente establecido para la detención, prisión provisional o prisión¹²⁶⁸.
- Falta o deficiente motivación de la prisión provisional¹²⁶⁹.
- Vulneración de los derechos sustanciales o procesales del privado de libertad.

Tienen legitimación para instar el procedimiento "el privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad; descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales", además del Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo (Artículo 3 LOHC). Sobre este punto, la doctrina criticó la

¹²⁶⁵ Véase Exposición de Motivos LOHC.

¹²⁶⁶ STC 288/2000 de 27 de noviembre.

¹²⁶⁷ STC 139/2001 de 16 de julio.

¹²⁶⁸ STC 98/2002 de 29 de abril o STC 224/2002 de 25 de noviembre.

¹²⁶⁹ SSTC 8/2002 de 24 de enero o 141/2002 de 17 de junio, entre otras.

falta de legitimación de los abogados de los detenidos, que son quienes mejor conocimiento pueden tener de su situación¹²⁷⁰.

El procedimiento del *habeas corpus* es muy simple, para facilitar su interposición y resolución rápida. Se iniciará mediante escrito o comparecencia sin necesidad de intervención de abogado o procurador, simplemente haciendo constar los datos personales del solicitante y, en su caso, de la persona para la que se solicita el amparo, así como el lugar y circunstancias de la privación de libertad y el motivo concreto por el que se insta el *habeas corpus* (Artículo 4 LOHC). Quien tenga en custodia al privado de libertad tiene la obligación de ponerlo en conocimiento del juez inmediatamente, incurriendo en responsabilidad en caso contrario (Artículo 5 LOHC).

El juez que conocerá la solicitud será el del lugar donde se encuentre el privado de libertad o, de no constar, el del lugar de la detención o, en su caso, el del último lugar donde se tuvieran noticias del ahora privado de libertad.

En el ámbito de la **jurisdicción militar**, será competente el Juez Togado Militar constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que tuvo lugar la detención (Artículo 2 LOHC) y, según el Artículo 65 de la Ley Orgánica 4/1987 (LOCOJM), los jueces togados deben ser militares en activo, pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar.

En la aplicación práctica de esta competencia surgieron conflictos respecto a los miembros de la Policía Nacional, ya superados por la promulgación de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que atribuye a la jurisdicción ordinaria las competencias sobre los miembros de estos Cuerpos. En cuanto a la Guardia Civil, las indefiniciones legislativas existentes puestas de manifiesto por la jurisprudencia constitucional (STC 194/1989 de 16 de noviembre) fueron resueltas por la Ley Orgánica 11/1991 de 17 junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, que dejó claro que el Cuerpo es un instituto armado de naturaleza militar, uno de cuyos valores esenciales es la disciplina, siendo la jerarquía es uno de sus principios cardinales de organización; así, las sanciones disciplinarias impuestas a un guardia civil por faltas tipificadas en la ley disciplinaria solo son revisables en la jurisdicción militar

¹²⁷⁰ No obstante, la jurisprudencia constitucional ha interpretado que el Letrado defensor puede interponer un recurso de *habeas corpus* en representación de la persona detenida (STC 61/2003,

y “por lo mismo, el conocimiento de los *habeas corpus* corresponderá a la jurisdicción militar cuando la detención tenga como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense”¹²⁷¹. En cuanto a los militares, la cuestión de fondo gira en torno a dos ejes, el carácter de la jurisdicción militar como especial u ordinaria y si los tribunales militares son realmente independientes a estos efectos. En este sentido, salvo en el caso de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, la doctrina se ha cuestionado el carácter de jurisdicción ordinaria del resto de los órganos de la jurisdicción militar, dada su especial relación con el Ministro de Defensa que, entre otras cuestiones, nombra los titulares de los Juzgados Togados, del Tribunal Militar Central y de los Territoriales; según esto, con la salvedad de la Sala Quinta del TS, el resto de los órganos jurisdiccionales militares carecerían de competencia para entender de las solicitudes de *habeas corpus*, por no tener el carácter de jurisdicción ordinaria constitucionalmente exigido para la protección del derecho fundamental a la libertad personal¹²⁷². No obstante, la jurisprudencia constitucional no comparte a esta visión por estimar que no cabe sostener que los Tribunales militares no puedan considerarse incluidos en la mención que a los Tribunales ordinarios hace el Artículo 53.2 CE, si bien no es una cuestión pacífica en el seno del TC¹²⁷³.

de 24 de marzo).

¹²⁷¹ STC 1/1995 de 10 enero, FJ 6.

¹²⁷² Véase GUDE FERNÁNDEZ, A.: *El habeas corpus en España...*, cit. pp. 83-86.

¹²⁷³ Véase STC 113/1995 de 6 julio, en la que el problema de inconstitucionalidad que se plantea consiste en determinar si los Artículo 453, apartado tercero, y 518 de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar, que atribuyen a los Tribunales militares, constituidos en la forma que allí se especifica, el conocimiento del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra los actos de la Administración sancionadora que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales, es o no incompatible con el Artículo 53.2 C.E. por la referencia que en dicho precepto constitucional se hace a los Tribunales ordinarios para recabar de ellos la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el Artículo 14 y la Sección 1 del Capítulo Segundo de la Constitución.

FJ 6: “Si en otra ocasión y a propósito del *habeas corpus* este Tribunal ha afirmado que la jurisdicción militar es competente para conocer de la vulneración de derechos fundamentales (SSTC 194/1989, fundamento jurídico 5, 44/1991, fundamento jurídico 3, y 106/1992, fundamento jurídico 2.), ningún sentido tiene decir que la jurisdicción militar carece de competencia para tutelar los derechos y libertades señalados en el art. 53.2 C.E. a través de un procedimiento preferente y sumario, pues eso sería tanto como suponer que la vinculación de los órganos judiciales militares a los derechos fundamentales es menos intensa, lo cual no es constitucionalmente cierto; o que la tutela que de dichos derechos pueden prestar los Tribunales militares en el ámbito de su competencia no puede ser tan efectiva como la de los restantes Tribunales, lo que sería asimismo incierto; o, finalmente, que el art. 53.2 C.E. estaría consagrando la posibilidad de que, aun en materias propias de su competencia, las características del procedimiento preferente y sumario sirviera para desposeer a los tribunales militares de su competencia, lo que -como señala el Abogado del Estado- sería absurdo”.

Se formularon tres Votos particulares:

Lo cierto es que, aprovechando la confusión existente en cuanto a la competencia judicial para entender en casos de *habeas corpus*, ha habido un buen número de recursos de amparo interpuestos por militares y guardias civiles. El caso estándar es el de la declaración de incompetencia para conocer emitida por el juez ordinario (civil) y la subsiguiente denegación del *habeas corpus* por parte del juez togado militar, en particular cuando se trata de privación de libertad por sanciones disciplinarias. El TC solía denegar el amparo frente a esta denegación del juez togado, pero a partir de la STC 154/1995 de 24 octubre (FJ 4), la jurisprudencia constitucional ha variado su criterio en sentido favorable al justiciable al exigir al juez togado que emita un juicio provisional de legalidad de la sanción disciplinaria privativa de libertad¹²⁷⁴.

En términos generales, el juez examinará si concurren los requisitos necesarios, tras lo cual, mediante Auto incoará la apertura del procedimiento o

Jimeno Sendra: "...la presente Sentencia [...] debió haber contenido un fallo interpretativo de los preceptos impugnados en la medida en que posibilitan que determinadas decisiones emanadas del Tribunal Militar Central o de los Tribunales Militares Territoriales y recaídas sobre pretensiones ordinarias de amparo no puedan ser revisadas por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, único órgano jurisdiccional que, a mi parecer, ha de merecer el calificativo de «ordinario» a los efectos de tener por cumplidas las exigencias del art. 53.2 de la C.E. [...] personalmente me parecería más respetuosa con lo dispuesto en los arts. 53.2, 24 y 117.1 de la C.E. una reforma de la jurisdicción militar que consagrara alguna de estas dos alternativas: a) el sometimiento de los Jueces Togados Militares al régimen de autogobierno, o b) la instauración de un medio de impugnación ordinario, ante el Tribunal Supremo, frente a las resoluciones dictadas por los Tribunales Militares en los procesos de amparo, solución esta última que se coherente con lo dispuesto en el art. 53.2 de la C.E., el cual no consagra la doble instancia, sino tan solo que la pretensión de amparo sea conocida al menos por un auténtico Tribunal ordinario con anterioridad a acceder a este Tribunal, cualidad que tan solo concurre, como ha quedado dicho, con la Sala Quinta del Tribunal Supremo".

Cruz Villalón: "Lamento disentir de la fundamentación, no así del fallo,[...] el problema no es tanto el de si los órganos de la jurisdicción militar están o no capacitados para tutelar los derechos fundamentales (o el de si están vinculados o no a los mismos), lo que no debiera suscitar muchas dudas, cuanto el de hasta qué punto tiene sentido extender el alcance de la tutela especial prevista en la primera parte del art. 53.1 C.E. a una jurisdicción nacida con preocupaciones bastante distintas".

Vives Antón: "Disiento respetuosamente del criterio de la mayoría, que estima conforme a la Constitución la atribución a la jurisdicción militar del conocimiento del recurso de amparo judicial de los derechos fundamentales «ex art. 53.2 de la C.E.». La razón de ese disenso no se halla en si la jurisdicción militar reúne o no las garantías de imparcialidad exigibles a tenor del art. 24 C.E., sino en que, en mi opinión, el conocimiento del recurso de amparo aludido excede el ámbito estrictamente castrense al que el art. 117.5 C.E. confina a dicha jurisdicción especial".

¹²⁷⁴ STC 154/ de 24 octubre, FJ 4: "La motivación no está necesariamente reñida con el laconismo (STC 211/1988, entre otras). [...] El procedimiento de *habeas corpus* es una garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental a la libertad personal cuyo acceso no puede ser en modo alguno denegado sin que a la persona que acuda al mismo se le haga saber la precisa razón legal de dicha denegación, so pena de incurrir el órgano judicial que así proceda en una vulneración del derecho a obtener una resolución judicial motivada".

denegación del mismo (Artículo 5 LOHC). Una vez en presencia del juez, este dará audiencia al privado de libertad o, en su caso, a su abogado o representante legal, así como al Ministerio Fiscal y a quienes hubieren ordenado o practicado la detención y, en todo caso, a aquél bajo cuya custodia se encontrase el primero. Si lo estimare conveniente, examinará las pruebas aportadas (Artículo 7 LOHC), para finalmente acordar la puesta en libertad, la continuación de la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables, o la puesta a disposición judicial si hubiera transcurrido el plazo de detención (Artículo 8 LOHC).

El TC se ha mostrado muy garantista en torno a este procedimiento, destacando la obligación del juez de incoarlo en cuanto exista un indicio de ilegalidad en la privación de libertad, sea cual sea el carácter de esta o quién haya decretado dicha privación, pudiendo tratarse de una autoridad o juez militar.

Las Sentencias 208/2000 y 209/2000, ambas de 24 de julio, recogen la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el derecho a la libertad personal y el procedimiento de *habeas corpus*¹²⁷⁵. Constatada la detención, si hay duda en cuanto a la legalidad de sus circunstancias, procede examinarlas; porque si existe una situación de privación de libertad no debe negarse la incoación del *habeas corpus*, ya que la esencia de este proceso especial es la preservación de la libertad personal, mediante la comprobación por el juez de la situación de la persona.

La particularidad de que el derecho a la libertad tenga previsto este procedimiento de *habeas corpus* como una garantía reforzada, determina que el control judicial de las privaciones de libertad haya de ser plenamente efectivo. El procedimiento de *habeas corpus* no es ni un proceso contencioso-administrativo sobre la regularidad del acto o hecho que privó de libertad, ni tampoco un proceso penal sobre un eventual delito de detención ilegal. Quien lo elige ha de saber que se trata de que un juez, de la jurisdicción penal o de la militar, examine la

¹²⁷⁵ Ambas Sentencias son relativas a personal de la Guardia Civil y se presentan como un recurso de amparo mixto, dirigido tanto contra la resolución judicial que no admite el procedimiento de *habeas corpus* como contra la sanción administrativa de privación de libertad. Pretensión que el TC rechaza por considerar que de examinar la posible legalidad o ilegalidad del arresto o si la imposición del mismo vulneró otros derechos fundamentales, se estaría inmiscuyendo en la labor judicial, desconociendo así el carácter subsidiario del recurso de amparo. Un recurso de amparo muy semejante es el resuelto en la STC 233/2000 de 2 octubre.

legalidad de una privación de libertad no acordada por órganos judiciales, sin que sea su misión revisar el acto administrativo, sino la conformidad a derecho de esa situación de privación de libertad¹²⁷⁶.

En reiteradas ocasiones el TC ha declarado que el procedimiento de *habeas corpus* es procedente en los casos de sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración militar, incluso ha sido crítico con resoluciones del Juez Togado Militar denegatorias de la solicitud de apertura del procedimiento de *habeas corpus*¹²⁷⁷.

En materia tan sensible como es la libertad personal, encierra gran interés la reciente Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; que ha reformado sustancialmente la llamada "autocuestión de inconstitucionalidad". En la redacción anterior del Artículo 55.2 LOTC, era preciso que primero estimara la Sala el recurso de amparo para que, previa constatación de que la ley aplicada lesionaba derechos fundamentales o libertades públicas, pudiera elevar al Pleno la cuestión interna de inconstitucionalidad; esto encerraba inconvenientes graves como puede ser el de la posible divergencia de criterio entre Sala y Pleno. En cambio ahora, basta que la Sala considere que el recurso de amparo debiera ser estimado, en razón de que la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, para que pueda elevar la cuestión al Pleno, con suspensión del plazo para dictar sentencia. Así que, la cuestión interna se planteará antes de resolver el recurso de amparo, lo que evitará inconvenientes de funcionamiento interno del TC como el antes apuntado¹²⁷⁸.

Respecto a la **recepción en la legislación** del derecho a la libertad, el Artículo 5.1 CEDH reconoce el derecho general a la libertad de toda persona, en el sentido clásico de libertad física, "nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley" y

¹²⁷⁶ STC 208/2000 de 24 julio FJ 4.

¹²⁷⁷ STC 208/2000 de 24 julio FJ 6: Estimando que "...de esta manera la resolución judicial anticipó el fondo en el trámite de admisión, impidiendo así que el recurrente compareciera ante el Juez e imposibilitando que formulara alegaciones y propusiera los medios de prueba pertinentes para tratar de acreditarlas [...].En definitiva, el órgano judicial no ejerció de una manera eficaz el control de la privación de libertad y, por tanto, desconoció la naturaleza y función constitucional del procedimiento de hábeas corpus según se desprende del Artículo 17.4 C.E".

entre los supuestos tasados de privaciones de libertad que recoge, no figura mención alguna a la disciplina militar, por lo que una sanción disciplinaria que implique pérdida de libertad podría violar el CEDH. No obstante, el TEDH ya reconoció en la tan citada STEDH "Caso Engel", que los Estados gozan de cierto margen de apreciación para organizar su sistema disciplinario militar; por lo que una sanción disciplinaria privativa o restrictiva de libertad que, en el caso de un civil, sería indudablemente contraria al CEDH, no tiene por qué serlo en el caso de un militar, porque es posible dar un trato diferente a los militares en este aspecto.

Por otra parte, de conformidad con el Artículo 64 del CEDH, España hizo la correspondiente reserva de aplicación de los Artículos 5 y 6 CEDH en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contenían en el entonces vigente Código de Justicia Militar (Título XV "Faltas y correcciones" del Tratado Segundo y en el Título XXIV "De los procedimientos para las faltas" del Tratado Tercero); por lo que esta materia queda fuera de la tutela del CEDH, aunque tal reserva se interpretará con criterio restrictivo¹²⁷⁹.

Esta reserva de aplicación permite así que, sin vulnerar el CEDH, en el ámbito de las Fuerzas Armadas españolas sea posible imponer sanciones disciplinarias que impliquen privación o restricción de libertad, aunque no sean impuestas por un tribunal.

Aunque en el vigente Código Penal Militar se suavizan las penas de privación de libertad, se mantiene un amplio margen para su graduación. Por otra parte, se refuerza el criterio de la ejemplaridad directamente vinculada a la disciplina respecto al cumplimiento de las penas, manteniéndose la inaplicación de los beneficios de suspensión condicional de la condena para los militares. Las penas impuestas tienen efectos específicos como la pérdida, suspensión o deposición de empleo. En cuanto al lugar de cumplimiento, el Artículo 43 CPM mantiene el criterio del establecimiento penitenciario militar o, en otro caso, con

¹²⁷⁸ Sobre este particular, véase BALAGUER CALLEJON, Francisco; CÁMARA VILLAR, Gregorio; MEDINA REY, Luís Felipe: *La nueva Ley Orgánica del Tribunal constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008, pp.86-89.

¹²⁷⁹ Véase Instrumento de ratificación de 26 septiembre 1979, BOE de 10 octubre.

separación del resto de penados y el Artículo 44 CPM facilita alternativas para tiempo de guerra¹²⁸⁰.

La LORDFAS se desarrolla según la previsión del Artículo 172 ROFAS, por el que el militar solo podrá ser privado de su libertad en los casos previstos por la ley y en la forma que esta disponga. Según esta ley disciplinaria, las restricciones o privación de libertad pueden revestir la forma de las sanciones disciplinarias de privación de salida de la Unidad y de arresto hasta treinta días en domicilio o Unidad, en el caso de faltas leves, y de arresto en establecimiento disciplinario militar, para las faltas graves (Artículo 9 LORDFAS).

A continuación se extractan algunas consideraciones de la **doctrina** sobre el ejercicio del derecho a la libertad, en el caso de los militares.

Casado Burbano¹²⁸¹ considera que el tratamiento constitucional del derecho a la libertad y a la seguridad, así como las garantías que se establecen respecto a las detenciones y la prisión provisional que, en buena parte, se remiten a leyes de desarrollo, planteó dos problemas importantes en el ámbito militar, respecto a la detención de militares y sobre la privación de libertad como instrumento del sistema de sanciones. No obstante, la privación o restricción de libertad como medida disciplinaria ha sido y es de uso general en todos los ejércitos y pese a las reservas que esto pueda suscitar, lo cierto es que el Artículo 25.3 CE permite la privación de libertad como medida disciplinaria en el seno de la Administración militar¹²⁸².

Jiménez Villarejo¹²⁸³ considera como una importante limitación del derecho a la libertad, la posibilidad de que la Autoridad militar pueda ordenar el arresto preventivo del infractor (o el cese en sus funciones) durante el procedimiento por

¹²⁸⁰ Artículo 42 CPM: "Las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este Código se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se determine por el Ministerio de Defensa. En caso de que las penas impuestas a militares por la comisión de delitos comunes lleven consigo la baja en las Fuerzas Armadas, se extinguirán en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de los penados. Si no llevaran aparejadas la baja en las Fuerzas Armadas se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se disponga por el Ministerio de Defensa".

Artículo 43 CPM: "En tiempo de guerra, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en funciones que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina".

¹²⁸¹ CASADO BURBANO, P.: *Iniciación al derecho constitucional militar*, cit. pp.129-132.

¹²⁸² Artículo 25.3 CE: "La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad".

¹²⁸³ JIMÉNEZ VILLAREJO, J: "Principios constitucionales. Derechos fundamentales...", cit. pp. 224-228.

faltas graves, aunque esta resulte amparada por el Artículo 25.3 CE. Llama la atención sobre la especialidad militar del *habeas corpus* que se contiene en el Artículo 2 LOHC; considera dudosa su catalogación como restricción o limitación y recuerda que esta especialidad fue criticada por la doctrina, que consideraba que los Juzgados Togados no son tribunales ordinarios sino jurisdicción especial, según Artículo 117.5 CE¹²⁸⁴. No obstante, estima que las sucesivas reformas de la jurisdicción militar han dado respuesta sustancial a las objeciones planteadas¹²⁸⁵. Asimismo, a su juicio es una singularidad restrictiva la no admisibilidad de fianza para gozar de libertad provisional, en los procedimientos seguidos ante la jurisdicción militar, aunque esta especialidad pueda compensarse de alguna manera con la prisión atenuada prevista en la ley procesal militar¹²⁸⁶.

Sobre la base de jurisprudencia constitucional (STC 21/1981 de 15 junio FJ 8), Fernández Segado¹²⁸⁷ señala la grave problemática que subyace bajo el derecho disciplinario militar y considera que debe imponerse la supremacía del derecho penal sobre el disciplinario militar, girando su fuerza expansiva en este mismo sentido y no a la inversa, lo que incluye la proyección de las garantías procesales penales sobre el ámbito disciplinario.

López Benítez¹²⁸⁸ subraya que la Constitución vigente permite a la Administración militar la imposición de sanciones privativas de libertad. El inciso

¹²⁸⁴ Jiménez Villarejo se refiere ampliamente a la obra de GIMENO SENDRA, V.: *El proceso de "habeas corpus"*, cit., en particular las páginas 77 a 80.

¹²⁸⁵ En particular, las normas contenidas en los Artículos 12 a 18 de la ley orgánica reguladora de la competencia de la jurisdicción militar (LOCOJM). Además de la inserción de esta jurisdicción en el Poder Judicial del Estado (Artículo 1 LOCOJM) o la definición de todo órgano judicial militar como "órgano predeterminado por la ley" en el ámbito de su competencia. Datos suficientes para que Jiménez concluya preguntándose si es correcto caracterizar aún a la jurisdicción militar como especial o si sería más propio calificarla como especializada, según su actual estructura. Estas razones y algunas más, le llevan a dudar de que la atribución de competencia al Juez Togado militar para conocer del procedimiento de *habeas corpus* actualmente sea una restricción o limitación del estatuto jurídico del militar.

¹²⁸⁶ JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: "Derechos y deberes del militar...", cit. p. 458.

Artículo 234 LOPM: "En ningún caso se admitirá la libertad provisional con fianza en los procedimientos seguidos ante la jurisdicción militar".

Sección 5. De la prisión atenuada. Artículo 225 LOPM: "El mismo juez que tenga facultades para acordar la prisión preventiva, cuando en el preso concurren circunstancias excepcionales que a su juicio lo aconsejen, podrá, de oficio o a petición de aquel o de su defensor, disponer que la prisión sea atenuada. La misma facultad corresponderá, en su caso, al tribunal cuando el sumario se haya dado por concluso".

¹²⁸⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: "Las restricciones de los derechos de los militares...", cit. pp.112-115.

¹²⁸⁸ LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 511-526.

del Artículo 17.1 CE, al matizar que solo podrá privarse de libertad "en los casos y en la forma previstos en la ley", implica que el derecho a la libertad quizás resulte el más limitado en el ámbito militar. Como derecho especial, los tipos privativos de libertad del derecho penal militar no revisten mayor dificultad de aceptación dada la previsión del Artículo 117.5 CE, en cambio, la cuestión de la privación de libertad no es cuestión tan pacífica cuando se refiere al ámbito disciplinario, porque el Artículo 17 CE impone que se fijen por ley los casos y formas de privación de libertad. Pero la Administración militar puede imponer sanciones restrictivas de libertad, lo que unido a la reserva formulada en su día sobre la aplicación de los Artículos 5 y 6 CEDH además de la jurisprudencia del TEDH relacionada, sostiene la constitucionalidad de las previsiones del Artículo 9 LORDFAS que fija las sanciones que pueden imponerse por faltas leves y graves¹²⁸⁹.

Peñarrubia Iza¹²⁹⁰ encuentra el sentido de la existencia de las leyes penal y disciplinaria en la peculiar disciplina militar, que conlleva que el militar sufra restricciones en el ejercicio de algunos derechos, entre ellos la libertad personal, mediante una ley disciplinaria que permite imponer sanciones administrativas privativas de libertad y que participa en gran medida de la naturaleza del derecho penal, aunque presente aspectos del derecho administrativo sancionador.

El régimen de aplicación de la ley disciplinaria ha de respetar en todo caso los principios constitucionales, porque frente a la concepción tradicional de la disciplina como algo interno, el derecho de defensa y las garantías de procedimiento han pasado a formar parte indispensable del derecho disciplinario, es decir, que "la relación de especial sujeción puede justificar en el ámbito militar la existencia de sanciones restrictivas o privativas de libertad, pero no exonera de ninguna de las garantías previstas en la Constitución". Asimismo, recuerda que el TEDH ha considerado que son de aplicación plena en el ámbito militar los principios contenidos en el Artículo 5, párrafos 1 y 3 del CEDH, lo que supone la aplicación al personal militar de las garantías procedimentales, incluida la vigencia

¹²⁸⁹ Artículo 9 LORDFAS: "1. Las sanciones que pueden imponerse por faltas leves son: Reprensión. Privación de salida de la Unidad hasta ocho días. Arresto de un día a treinta días en domicilio o Unidad. 2. Las sanciones que pueden imponerse por faltas graves son: Arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar. Pérdida de destino. Baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación. [...]".

¹²⁹⁰ PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp.196-201.

del *habeas corpus*, doctrina que en su opinión es plenamente aplicable en los supuestos de arresto disciplinario contemplados en la LORDFAS.

Por otra parte, la vigente ley disciplinaria militar distingue entre restricción de libertad (Artículo 13 LORDFAS) y privación de libertad (Artículo 14 LORDFAS)¹²⁹¹. En el caso *Engels*, el TEDH distinguió entre lo que es privación de libertad, equivalente a arresto muy riguroso o con internamiento en unidad disciplinaria y los arrestos normales, simples o agravados, que no serían privación sino restricción de libertad. Advirtió también el TEDH que los Estados no deben tipificar como disciplinarias las acciones que son de carácter penal, como medio de soslayar las garantías judiciales. La diferencia estará en la gravedad de los hechos y su correspondiente sanción, por esto las restricciones de libertad podrán revestir carácter disciplinario, en tanto que las privaciones corresponderán siempre a sanciones penales¹²⁹².

El **arresto** en domicilio o Unidad de **uno a treinta días**, consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia en su domicilio o en el lugar de la Unidad, acuartelamiento, base o buque que se le señale. Durante el arresto, el sancionado participará en las actividades de la Unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo (Artículo 13 LORDFAS), por lo que fuera de las actividades de servicio, el sancionado tiene efectivamente restringida su libertad. La jurisprudencia del TEDH ha considerado este tipo de arresto como restricción de libertad.

El arresto de **un mes y un día a dos meses** significa inequívocamente verdadera privación de libertad, que se materializa en el internamiento en un

¹²⁹¹ Artículo 13 LORDFAS: " El arresto de uno a treinta días consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia, por el tiempo que dure su arresto, en su domicilio o en el lugar de la Unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale. El sancionado participará en las actividades de la Unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo".

Artículo 14 LORDFAS: "El arresto de un mes y un día a dos meses consiste en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga. El militar sancionado no participará en las actividades de la Unidad durante el tiempo de este arresto...".

¹²⁹² No obstante, existen autores (como el mismo Peñarrubia Iza y Fernández Segado) que, con apoyo jurisprudencial, consideran que esta distinción entre penas privativas y restrictivas del derecho a la libertad es más didáctica, semántica o a efectos formales, que de fondo, puesto que el TC ha reconocido que el arresto domiciliario es también una sanción privativa de libertad.

establecimiento específico para cumplir la sanción¹²⁹³. El TEDH considera este arresto como inequívoca sanción privativa de libertad.

No es claro que la **privación de salida** sea una auténtica restricción de libertad, pues aunque se impone al sancionado la permanencia en su Unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento, fuera de las horas de servicio, (Artículo 12 LORDFAS), este tiene total libertad dentro del recinto para dedicarse a las actividades o servirse de las instalaciones¹²⁹⁴.

El Artículo 55 en relación con el Artículo 26 LORDFAS, contempla el supuesto de corrección inmediata para mantener la disciplina y subordinación y el **arresto preventivo**, que ha suscitado dudas respecto a su constitucionalidad. Es una medida cautelar y a diferencia de la prisión provisional que no tiene límite marcado constitucionalmente, el arresto preventivo está limitado a un mes. La ley disciplinaria es poco explícita en su regulación y solo señala el presupuesto de hecho (la exigencia de una acción inmediata para mantener la disciplina) y la autoridad que puede ordenarlo, pero no señala el lugar ("establecimiento disciplinario militar o en el lugar que se designe") o el modo de cumplimiento¹²⁹⁵.

¹²⁹³ Los establecimientos disciplinarios están regulados por Orden Ministerial número 97/1993 de 30 de septiembre, por la que se aprueban las Instrucciones de Régimen Interior de los Establecimientos Disciplinarios Militares (BOD nº.201 de 14 octubre). Para determinar los establecimientos donde pueden ser ingresados los arrestados por falta grave y fijar la dependencia de estos establecimientos se ha dictado la Orden Ministerial núm. 73/2005 de 11 de mayo, por la que se determina la implantación territorial y la utilización conjunta de los Establecimiento Disciplinarios Militares (BOD nº.97 de 19 mayo).

¹²⁹⁴ Artículo 12 LORDFAS: "La privación de salida supone la permanencia del sancionado en su Unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento, fuera de las horas de servicio, con supresión de salidas hasta ocho días como máximo".

López Benítez está en esta línea y considera que las salidas del Acuartelamiento entran en el margen discrecional del Mando, que podrá concederlas o denegarlas en función de las necesidades del servicio, según se deducía del derogado Artículo 194 ROFAS: "A todo militar se le proporcionaran los medios suficientes para que en su tiempo libre, dentro de los acuartelamientos, buques o bases pueda desarrollar actividades de tipo cultural, recreativo o deportivo. Asimismo se le concederán, dentro de las posibilidades que permita el eficaz funcionamiento de los Ejércitos, los permisos o autorizaciones de ausencia que se fijan en las disposiciones específicas".

¹²⁹⁵ Artículo 26 LORDFAS: "Todo militar tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los de inferior empleo, le estén o no subordinados directamente,[...] Si se trata de una falta que por su naturaleza y circunstancias exige una acción inmediata para mantener la disciplina y la subordinación, podrá ordenar el arresto del infractor en su domicilio o Unidad durante el tiempo máximo de cuarenta y ocho horas, en espera de la posterior decisión de la autoridad o mando con potestad disciplinaria, a quien dará cuenta de la disposición adoptada, de modo inmediato".

Artículo 55 LORDFAS: "1. Cuando la naturaleza y circunstancias de la falta exijan una acción inmediata para mantener la disciplina, la autoridad que hubiera acordado la incoación del procedimiento, podrá ordenar el arresto preventivo del presunto infractor en un establecimiento disciplinario militar o en el lugar que se designe. En ningún caso podrá permanecer en esta situación más de un mes [...]".

Sobre la **potestad sancionadora** reconocida por el Artículo 25 CE y el procedimiento disciplinario militar, el **Tribunal Constitucional** consideró que, por su propia naturaleza, este procedimiento no puede quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar¹²⁹⁶. Es doctrina del TC que las garantías procesales reflejadas en el Artículo 24.2 CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador, "en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el Artículo 9 de la Constitución", por tanto, no se trata de una aplicación literal¹²⁹⁷. No obstante, debe configurarse conforme a las exigencias del Artículo 24 CE y, aunque por su naturaleza no pueda someterse a todas las garantías procesales que rigen el proceso penal, al menos debe respetar su contenido básico (que incluye la garantía de contradicción), la presunción de inocencia, la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa y el derecho a no declarar contra sí mismo, de manera que este derecho no se convierta en una mera formalidad que produzca indefensión¹²⁹⁸.

En cuanto a la distinción entre restricción y privación de libertad, el **TS** acoge en su jurisprudencia la doctrina del TEDH y distingue entre sanciones restrictivas y privativas de libertad, sentando una doctrina que permite sostener que el arresto por falta leve de uno a treinta días, a cumplir en el domicilio o en la Unidad y sin perjuicio del servicio, no constituye privación de libertad, sino simple

López Benítez considera que este supuesto se parece a la prisión provisional y está de acuerdo con los procedimientos disciplinarios militares, según el TC, por lo que considera que el arresto preventivo es una medida cautelar en el marco del procedimiento disciplinario militar. Véase STC 21/1981 de 15 junio, FJ 9 y 10.

En cambio, a Fernández Segado le surgen serias dudas sobre la corrección constitucional de tales medidas así como sobre su compatibilidad con el ordenamiento internacional. Considera patente la falta de garantías desde el momento que atribuye la potestad disciplinaria a "todo militar" (Artículo 26 ROFAS) y, además, la falta de garantías para el detenido, "lo desmesurado del tiempo máximo por el que puede prolongarse la sanción y lo disparatado de una medida cautelar que clarísimamente entraña una privación de libertad pueda prolongarse sin que medie procedimiento alguno durante un mes", es argumento suficiente para dudar de la constitucionalidad del actual Artículo 55 LORDFAS. No obstante, es necesario advertir que Fernández Segado hace estas consideraciones sobre la derogada LO 12/1985 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, pero los puntos que aquí se tratan se ha mantenido esencialmente en la vigente LORDFAS 8/1998

¹²⁹⁶ STC 21/1981 de 15 junio, FJ 9.

¹²⁹⁷ STC 18/1981 de 8 junio FJ 2, *in fine*.

¹²⁹⁸ STC 14/1999 de 22 febrero FJ 3B.

restricción de la misma¹²⁹⁹. No obstante, el **TC**, aún reconociendo que la potestad disciplinaria militar pueda tener una mayor intensidad o contundencia, estima que las sanciones de arresto cualesquiera que sean, consisten en la privación de un derecho fundamental, la libertad, por lo que habrá que extremar las garantías procedimentales. Para el TC, el arresto domiciliario constituye no una mera restricción sino una verdadera privación de libertad, "ya que en este campo no existen ámbitos grises o indefinidos"¹³⁰⁰.

La situación de **prisión atenuada** regulada en los Artículos 225 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1989 de 13 abril Procesal Militar (LOPM) es prisión provisional en el sentido del Artículo 17.4, inciso segundo, de la Constitución¹³⁰¹.

En cuanto a la **evolució**n del derecho a la libertad personal en el ámbito militar, es claro que la jurisprudencia del TC va por delante del TS e incluso de las interpretaciones del TEDH. Asimismo, es significativa la depuración frecuente de preceptos de la legislación específica militar por vía del recurso de amparo

¹²⁹⁹ La STS de 7 noviembre 1995 y STS de 4 marzo 1994 (ambas de la Sala 5ª), distinguen entre restricción y privación de libertad, la STS de 10 octubre 1995 (sala 5ª) y la STS de 2 marzo 1994 mencionan el caso Engels y la STC 21/1981 de 15 junio 1981, luego reiterada por SSTs de 1 y 10 octubre 1990, 4 diciembre 1990, 17 enero 1991 y 18 febrero 1992, permiten sostener que un arresto por falta leve, de uno a treinta días, a cumplir en domicilio o Unidad sin perjuicio del servicio, no es privación, sino simple restricción de libertad.

¹³⁰⁰ STC 61/1995 de 29 marzo FJ 4 (caso Rosa Recuerda): "El Juez de Instrucción incurrió en un error manifiesto y notorio al considerar que el «arresto domiciliario» que sufría el demandante de amparo, como consecuencia de la sanción disciplinaria que le había sido impuesta, no implicaba la privación de su libertad, puesto que, como es sobradamente conocido, no solo este Tribunal Constitucional ha dicho que entre la libertad y la detención no existen zonas intermedias [...], sino también que el arresto domiciliario implica inequívocamente una privación de libertad [...], susceptible también de protección a través del recurso de hábeas corpus".

STC 31/1985, FJ 3: El arresto domiciliario es una sanción privativa de libertad, aun cuando se imponga "sin perjuicio del servicio".

Véase también SSTC 98/1986, de 10 de julio; 31/1995, de 6 de febrero; 61/1995 y 62/1995, ambas de 29 de marzo; STC 14/1999 de 22 febrero.

¹³⁰¹ STC 56/1997 de 17 marzo FJ 10, (caso Perote): "En suma, la persona no recupera su situación de libertad porque el Juez Togado le pueda autorizar a acudir a su trabajo habitual o a asistir a sus prácticas religiosas (art. 227 LOPM). Sostener que la persona se encuentra en situación de libertad desde el momento en que puede ser autorizado a acudir a su trabajo o a cumplir sus obligaciones religiosas es algo que se compadece con dificultad con los presupuestos de un orden político que se comprende a sí mismo como un régimen de libertades (art. 10.1 de la Constitución Española)".

El Magistrado don Enrique Ruiz Vadillo, formuló un Voto Particular a esta Sentencia, estimando que no debió concederse el amparo solicitado por considerar "que no es conforme con los principios que nos gobiernan equiparar la prisión militar atenuada que se contempla en los arts. 226 y 227 de la LOPM si quien la sufre es un militar profesional o un paisano[...] con la prisión provisional o preventiva que regulan los artículos 504 y ss. de la LECrim, o los arts. 215 y siguientes de la LOPM, porque sus específicas naturalezas son distintas y responden a situaciones muy diferentes".

constitucional, pero también por el planteamiento de cuestiones de constitucionalidad, lo que induce a pensar que la tendencia es significativamente favorable al ejercicio del derecho a la libertad personal del militar, con las justas restricciones constitucionalmente admisibles¹³⁰².

6.4.3. LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTO.

Artículo 16 CE: “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley [...].

El derecho a la libertad religiosa pertenece al ámbito de la vida privada del militar, por lo que presenta dificultades para su limitación.

La confesionalidad católica del Estado español ha sido una constante en nuestro constitucionalismo histórico, al menos hasta 1869, evolucionando desde la Primera República hacia la tolerancia de otros cultos en convivencia con la religión oficial. La Constitución de 1931 optó por la aconfesionalidad del Estado, pero tras la Guerra Civil se restableció el sistema de confesionalidad estatal matizado con la tolerancia hacia las creencias individuales. La regulación actual está recogida en la Ley Orgánica 7/1980 de 5 julio, de libertad religiosa, que detalla los dos límites a que estará sometido el ejercicio de este derecho; uno implícito y común cual es el respeto a los derechos y libertades de los demás, y otro explícito, configurado por el respeto al orden público protegido por la ley, que la expresada ley orgánica concreta en la salud pública, la seguridad y la moral pública.

Las ROFAS recogen en su Artículo 177 el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en armonía con el Artículo 16 CE, y el derogado Artículo 195 ROFAS disponía que al militar se le facilitara la asistencia

¹³⁰² Hasta febrero del año 2007 se han planteado al menos veintitrés cuestiones de inconstitucionalidad contra el articulado de la Ley Orgánica 2/1989 de 13 abril Procesal Militar (LOPM), generalmente formuladas por los distintos Tribunales Militares Territoriales.

religiosa, “de conformidad con lo que este legalmente establecido”¹³⁰³. Las posteriores Ordenanzas de los tres ejércitos, recogieron estos principios¹³⁰⁴.

La Ley 17/1989 LRPFAS contenía la previsión del Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas (SARFAS), que fue mantenido en la Disposición final cuarta de la derogada Ley 17/1999 y desarrollado por Real Decreto 1145/1990 de 7 septiembre.

La vigente Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la carrera militar (LCM) dedica su Disposición adicional octava al Servicio de Asistencia Religiosa, por la que “el Gobierno garantizará la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas en los términos previstos en el ordenamiento”. Además de la asistencia religioso-pastoral a los católicos que se presta por medio del Arzobispado Castrense, los militares evangélicos, judíos o musulmanes podrán recibir asistencia religiosa de su propia confesión, conforme a los acuerdos de cooperación establecidos, y los demás militares profesionales podrán recibir asistencia religiosa de ministros de culto de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas.

La Orden Ministerial 100/1994, de 14 octubre sobre regulación de los Actos Religiosos en Ceremonias Solemnes Militares, establece en su punto octavo (celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense) que las autoridades militares podrán designar comisiones y que, para su nombramiento, “se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y la voluntariedad en la asistencia a los actos”¹³⁰⁵.

En su STC 24/1982 de 13 de mayo, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre su idea de la libertad religiosa y la prestación de esta asistencia a los miembros de las Fuerzas Armadas. Consideraba el TC que la prestación de este servicio por el Estado a los militares católicos, ofrece la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos, sin por ello

¹³⁰³ Artículo 177 ROFAS: “Todo militar tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestas por razones de disciplina o seguridad”.

¹³⁰⁴ Véase el Artículo 234 ROET: “Los Mandos del ejército respetarán y protegerán el derecho a la libertad religiosa de sus subordinados, en los términos previstos por la Constitución y por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Cuando coexistan fieles de distintas iglesias, confesiones o comunidades religiosas cuidarán de la armonía en sus relaciones”.

producir lesión constitucional alguna, dado que estos son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece. Tampoco resulta lesionado el derecho a la igualdad, puesto que no se excluye la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones¹³⁰⁶.

La STC **177/1996** de 11 noviembre, sienta una importante doctrina jurisprudencial a este respecto. El demandante de amparo (militar profesional) fue designado para participar en una formación de honores a la Virgen de los Desamparados, los días 19 y 20 de noviembre de 1993, con motivo del V Centenario de su Advocación. Al conocer con detalle la naturaleza de los actos a celebrar y por considerar que tenían un inequívoco contenido espiritual y religioso solicitó, primero verbalmente y luego por escrito, ser relevado de la Compañía de honores, alegando su derecho a la libertad religiosa, la aconfesionalidad del Estado y lo dispuesto en los Artículos 177 ROFAS y 423 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra¹³⁰⁷, solicitud que le fue denegada verbalmente. A resultas de estos hechos, se impusieron al demandante de amparo una serie de sanciones disciplinarias e incluso se abrieron diligencias penales que fueron posteriormente archivadas.

¹³⁰⁵ Esta Orden Ministerial 100/1994 es de fecha posterior a los hechos que motivaron el recurso de amparo resuelto en la STC 177/1996 de 11 noviembre, que se comentará a continuación, por lo que presumiblemente vino a cubrir una necesidad que se estaba haciendo evidente.

¹³⁰⁶ STC 24/1982 de 13 de mayo. FJ 1: "Dicho de otro modo, el principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso y el principio de igualdad, que es consecuencia del principio de libertad en esta materia, significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico".

FJ 4: "El hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no solo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades. No padece el derecho a la libertad religiosa o de culto, toda vez que los ciudadanos miembros de las susodichas Fuerzas, son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece; y hay que entender que asimismo tampoco se lesiona el derecho a la igualdad, pues por el mero hecho de la prestación en favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que estos pueden reclamar fundadamente, de suerte que solo el Estado que desoyera los requerimientos en tal sentido hechos, incidiría en la eventual violación analizada".

¹³⁰⁷ Artículo 423 ROET: "Las ceremonias militares de especial contenido espiritual podrán ir precedidas de los actos religiosos que por tradición correspondan. Con la debida antelación se hará advertencia de que aquellos que no profesen la correspondiente religión quedan dispensados de asistir al acto religioso". Este Artículo está reproducido literalmente en las Reales Ordenanzas para la Armada (Artículo 595) y las del Ejército del Aire (Artículo 461).

El TC no comparte la concepción del derecho a la libertad religiosa que esgrimen las resoluciones judiciales impugnadas para declarar la licitud constitucional de la orden recibida por el demandante. Porque se trataba de participar en unos actos convocados y organizados por la autoridad militar y de inequívoco contenido religioso, de celebración por personal militar de una festividad religiosa, y no se trataba de actos de naturaleza religiosa con participación militar. Surgió así un conflicto entre el deber de disciplina y el derecho a la libertad ideológica y de conciencia, que el actor resolvió abandonando la formación.

En la Sentencia impugnada, para justificar la licitud de la orden recibida, se argumentaba que la parada militar no podía calificarse como un acto religioso o de culto, puesto que la unidad que rinde honores lo hace en representación de las Fuerzas Armadas y, por tanto, al margen de las convicciones ideológicas o religiosas de cada uno de sus componentes a título individual. Pero el TC considera que esta afirmación debe ser rechazada, porque la vertiente negativa del derecho de libertad religiosa, “garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza” y a esta decisión personal no se le pueden oponer las Fuerzas Armadas, porque están vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del Artículo 16.3 CE. En consecuencia, pese a la consideración de que la participación del recurrente en el acto militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia. El Tribunal Constitucional explica su concepto de libertad religiosa como comprensivo de dos vertientes, una positiva que se manifiesta de dos maneras, por la libertad para realizar actos de culto y para no declarar sobre el credo propio o actuar contra las convicciones religiosas personales, y una vertiente negativa, que le permite hacer valer este derecho fundamental frente a los actos ilegítimos de intromisión en la esfera íntima de creencias (FFJJ 9 y 10). Así, reconoció que las órdenes desobedecidas por el recurrente en amparo fueron ilícitas porque “la autoridad militar debió atender la solicitud del recurrente de ser relevado del servicio y [...] al no hacerlo así, vulneró la vertiente negativa de su derecho fundamental a la libertad religiosa (FJ 11)”.

Por otra parte, en esta sentencia también se abordaba la compleja cuestión de la obediencia, porque si bien las Reales Ordenanzas (Artículo 34) imponen el deber de desobedecer las órdenes que entrañen actos que sean manifiestamente “contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución”, en todos los demás casos se deberá obedecer, salvo que la ilicitud sea evidente.

En su sentencia de 12 marzo 1997, el Tribunal Militar Central recuerda que una orden tiene presunción de validez y debe obedecerse si cuenta con los requisitos normales de competencia y forma¹³⁰⁸. Desde el punto de vista material, será presuntamente lícita si no lesiona manifiestamente el orden jurídico, la Constitución o la dignidad humana, y el incumplimiento de órdenes ilegítimas no debe sancionarse penal o disciplinariamente. Por otra parte, también se advierte que en los casos “poco relevantes” debe preservarse la disciplina, aunque el mandato sea antijurídico, porque en estos casos pesa más el valor disciplina que el deber de respetar el ordenamiento jurídico, estableciendo el criterio de que

“... no constituyen mandatos antijurídicos obligatorios aquellos que integran una vulneración de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, aun cuando no se trate de órdenes manifiestamente delictivas, ni contrarias a las leyes y usos de la guerra (FJ 6)”.

En suma, lo que el Tribunal Militar Central viene a decir es que cuando la orden, además de ser antijurídica, vulnere un derecho fundamental, no se debe obedecer. El problema puede venir de la apreciación del carácter manifiesto y notorio que ha de revestir esta circunstancia¹³⁰⁹.

En resumen, el militar tiene garantizada su libertad religiosa tanto en su vertiente interna de autodeterminación, como externa de actuación frente a terceros.

La constitucionalidad de la asistencia religiosa a los militares de la mayoritaria confesión católica no ofrece dudas, si bien es previsible que pueda extenderse a otras confesiones.

En cuanto a la posible **evolución**, parece claro que la celebración de actos religiosos en las ceremonias solemnes militares tiene su explicación en una

¹³⁰⁸ Esta sentencia de 12 marzo 1997 del Tribunal Militar Central, anuló las sanciones disciplinarias que le habían sido impuestas al recurrente.

tradición arraigada en este sentido. No obstante, esta tradición puede cambiar conforme lo hagan los usos sociales y su reflejo en la Institución militar, en cuyo caso decaerá la celebración de este tipo de actos de manera natural¹³¹⁰. En cualquier caso, no cabe pensar en retroceso alguno y la Orden Ministerial 100/1994, de 14 octubre sobre regulación de los Actos Religiosos en Ceremonias Solemnes Militares, ha venido a poner en claro esta cuestión de manera accesible a los interesados. Con independencia de los problemas de aplicación práctica, que probablemente serán cada vez mas escasos.

6.4.4. DERECHO AL HONOR. DERECHO A LA INTIMIDAD. INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO. LOS TRIBUNALES DE HONOR.

Artículo 18 CE: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito [...]”¹³¹¹.

El primer párrafo del Artículo 18 CE es de contenido complejo, pues los tres derechos que recoge presentan rasgos comunes, pero también aspectos que permiten diferenciarlos.

El **derecho al honor** ha sido tradicionalmente protegido por configurar uno de los derechos clásicos de la personalidad. No obstante, la Constitución de 1978 es el primer texto español de esta clase que lo trata. El honor presenta, al menos, una faceta interna subjetiva como cualidad moral y otra objetiva proyectada al

¹³⁰⁹ Véase el comentario sobre esta conflictiva sentencia del TMC que hace COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit. pp.564-568.

¹³¹⁰ En este sentido véase ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando José: “La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares: libertad religiosa y aconfesionalidad estatal”, *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 70, julio-diciembre 1997, pp. 41- 44.

Véase también HERBÓN COSTAS, Juan José: “Libertad ideológica y religiosa en las fuerzas Armadas”, *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 82, julio-diciembre 2003, pp. 235- 249.

Herbón considera que las ROFAS están impregnadas de la tradición y los valores propios del humanismo cristiano, llegando a afirmar que, pese a la indudable vinculación de las Fuerzas Armadas a la aconfesionalidad del Estado “...un análisis de las Ordenanzas militares permiten defender un carácter confesional de nuestros Ejércitos, a pesar de que el artículo 177 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas [...] reconoce el derecho del militar a la libertad religiosa”.

¹³¹¹ Véase STC 341/1993 de 18 noviembre, sobre la delimitación del concepto “flagrante delito” por el legislador.

exterior, cual es la reputación o fama¹³¹² y esta duplicidad se refleja en su interpretación jurisprudencial, al distinguir entre un aspecto inmanente del honor que consiste en la autoestima de cada persona y otro trascendente, vinculado con la opinión social, con la fama, que se apoya en el reconocimiento de los demás de nuestra dignidad¹³¹³.

El **concepto** de honor tiene un fuerte componente histórico y cultural. En el periodo anterior a 1978, la jurisprudencia entendió el derecho al honor en sentido patrimonial como algo ligado a la propiedad privada y, para fijar las correspondientes indemnizaciones, empleó como medio para restablecer los daños causados al honor, la vía de las obligaciones que nacen por culpa o negligencia¹³¹⁴. Posteriormente fue perdiendo ese carácter patrimonial, aunque continuará siendo un derecho individual, reconociéndose así tanto en la DUDH (Artículo 12) como en las constituciones europeas aunque presentando distintos caracteres según la configuración del Estado¹³¹⁵.

En resumen, el concepto del honor presenta tendencia a ser patrimonializado y apreciado desde puntos de vista subjetivos. Así, durante el predominio del Estado liberal se presenta bajo distintas formas y con acentuado carácter patrimonial, actuando entre particulares al margen de la tutela del poder público ya que no existe una visión objetiva del honor, que responde a factores como la clase social, la ocupación o circunstancias personales; de manera que son los valores de los grupos sociales los que delimitan el concepto de honor que,

¹³¹² Honor: "Cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto al prójimo y de nosotros mismos. Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cuál trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea"(DRAE).

¹³¹³ STS de 23 de marzo de 1987, Fundamentos de Derecho: "La construcción jurídico-social del honor, la han llevado a cabo en el campo del Derecho, principalmente, los penalistas, por el hecho de figurar desde antiguo su ataque entre los tipos que aparecen en la generalidad de los códigos punitivos. Ello, no implica, sin embargo, que los conceptos esenciales de dicha construcción no puedan trascender a otros ámbitos [...] principalmente a partir de las Declaraciones de los Derechos de la Persona y subsiguientemente de las Constituciones,[...] este derecho fundamental se encuentra integrado por dos aspectos o actitudes íntimamente conexonadas: el de la inmanencia o mismidad, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma; y el de la trascendencia o exterioridad, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. Por ello, el ataque y, en su caso, la lesión al honor se desenvuelven tanto en el marco interno de la propia intimidad e incluso de la familia, como en el externo del ambiente social y por ende profesional en el que cada persona se desenvuelve,[...]"

¹³¹⁴ En concreto, el Artículo 1902 Código Civil: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

consecuentemente, se pierde en función de conductas tenidas por inadecuadas. En cambio, en el contexto del Estado social y democrático de derecho, “no cabe un concepto de honor patrimonializado por una clase o expresión del individualismo frente a otros o al propio Estado”¹³¹⁶, lo que conduce a la necesidad de reformular el concepto de honor de manera igual para todos, que ya no será de una clase sino común a toda la sociedad, con fundamento en la dignidad de la persona (Artículo 10 CE) y en la igualdad de los españoles ante la ley (Artículo 14 CE).

Como en nuestro ordenamiento no existe una definición del honor, este queda jurídicamente indeterminado, si bien el denominador común de todos los ataques o vulneraciones es el desmerecimiento en la fama o consideración ajena, como consecuencia de emitir expresiones tenidas comúnmente por afrentosas que se hacen en descrédito o menosprecio de alguien¹³¹⁷. La consecuencia inmediata es que quien fija el nivel de tolerancia de lo que es inadmisibles o menoscaba el honor, es la opinión colectiva de la sociedad. Por tanto, el contenido del derecho al honor es cambiante y en definitiva, “dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”¹³¹⁸.

Para fijar el **contenido esencial** del derecho al honor, sobre la base de la teoría relativa, es preciso determinar qué es lo que caracteriza a este derecho como esencial a su naturaleza, sin cuya presencia no cabe reconocerlo como derecho fundamental. Pues bien, si la dignidad humana está en la base de todo derecho fundamental, su presencia se acentúa en este caso, ya que “el contenido esencial del derecho al honor lo viene a constituir la dignidad de la persona humana en cuanto tal persona”¹³¹⁹. Esto implica que es un derecho de las

¹³¹⁵ Sobre la evolución del derecho al honor en el período anterior a la Constitución de 1978, véase BALAGUER CALLEJON, María Luisa: *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, pp.107-112.

¹³¹⁶ BALAGUER CALLEJON, M L: *El derecho fundamental al honor*, cit. p.191.

¹³¹⁷ STC 139/1995 de 26 de septiembre, FJ 5: “No existe positivizado, lo que facilitaría el camino, un concepto de «derecho al honor», ni en la Constitución ni en ninguna otra ley. Este Tribunal se ha referido expresamente a la imposibilidad de encontrar una definición del mismo en el propio ordenamiento jurídico (STC 223/1992). Se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (STC 185/1989), que encaja sin dificultad, por tanto, en la categoría jurídica conocida de conceptos jurídicos indeterminados (STC 223/1992)”.

¹³¹⁸ Véase STC 185/1989 de 13 noviembre FJ 3.

¹³¹⁹ BALAGUER CALLEJON, M L: *El derecho fundamental al honor*, cit. p.142.

A su juicio, este contenido esencial ligado a la dignidad de la persona y en relación con la libertad de expresión tiene dos efectos, uno es que el derecho al honor se refiere necesariamente a las personas físicas y no a las instituciones, lo que no impide que estas tengan protegidas penalmente

personas físicas, lo que en principio excluye a las personas jurídicas de la titularidad del derecho al honor. Así, la persona física que se considere afectada podrá promover un recurso de amparo ordinario, mientras que si es una persona jurídica tendrá que buscar la protección jurisdiccional en un proceso ordinario.

No obstante, el Tribunal Constitucional reconoció que las lesiones al honor no tienen por que provenir exclusivamente de personas individuales, evitando así la impunidad de los ataques procedentes de personas jurídicas y que, además, es posible apreciar lesión de este derecho al honor en el caso de que el atacado sea un colectivo de personas determinado, siempre que puedan identificarse los afectados individualmente¹³²⁰. Esta doctrina ha evolucionado a favor del reconocimiento, expreso o implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales, entre los que se cuenta el derecho al honor¹³²¹.

su dignidad, reputación o autoridad moral como tales instituciones públicas, pero en el terreno de la libertad de expresión gozarán de un nivel de garantía menor y mas débil respecto a las personas físicas; otro efecto es la cuestión espinosa de la eficacia del derecho al honor *inter privatos* (*Drittwirkung*).

¹³²⁰ El pueblo judío (caso Violeta Friedman), STC 214/1991 de 11 noviembre FJ 6b: "El derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es valor referible a personas individualmente consideradas,[...], lo anterior no ha de entenderse en sentido tan radical que solo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando estos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad. Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados *ad personam*, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa".

Véase también ATC 446/1987 de 11 julio, FJ 6: "...el honor profesional e inmaterial de una institución como la militar...".

¹³²¹ STC 139/1995 de 26 de septiembre, FJ 4 y 5. (Extracto): "Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto estos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, solo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 b) de la C.E., sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, [...], supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social. [...] Puede sostenerse en consecuencia que, desde un punto de vista constitucional, existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las

Los límites del derecho al honor rozan particularmente con los de la libertad de expresión e información, tanto más por el valor añadido de la información como presupuesto del pluralismo¹³²². También le afectan circunstancias personales de tiempo y lugar para su valoración, como la relevancia pública del personaje, su incidencia en la vida profesional o privada, las circunstancias concretas del caso o su repercusión exterior¹³²³.

En este contexto, reconocer la existencia de un “**honor militar**” es una cuestión compleja y con derivaciones no del todo claras, dado que el concepto se puede predicar de las personas individualmente o de las Fuerzas Armadas como institución. Desde luego, es un concepto de difícil aprehensión; en su vertiente interna el honor actúa como sentimiento modulador de la conducta individual,

personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Ahora bien, esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. [...] De forma paralela a un concepto objetivista de «honor», este Tribunal ha acuñado un concepto personalista del mismo, por lo que a la titularidad de este derecho se refiere. En la STC 107/1988 se afirmó que «el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública». Aunque el honor «es un valor referible a personas individualmente consideradas», el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas. Recuérdese, en este sentido, la STC 214/1991 [...]. En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 C.E. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la C.E.”.

En igual sentido véase STC 183/1995 de 11 de diciembre.

¹³²² Véase STC 9/2007 de 15 enero. (El recurso de amparo versaba sobre la supuesta vulneración del derecho al honor por las críticas no injuriosas de un concejal a una funcionaria en un pleno municipal, vertidas en un debate de interés público y, protegidas por la libertad de expresión).

FJ 4: “No se objetaba en este caso la información que se daba de unos hechos, que en lo esencial parecían indiscutidos, sino la valoración que se hacía de los mismos. [...] Según una ya muy asentada jurisprudencia constitucional, la confluencia conflictiva entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor debe resolverse a través de un análisis de ponderación en el que ha de tomarse en cuenta la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión y la necesidad de que esta goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones que afecten a la organización colectiva”.

¹³²³ STC 185/1989 de 13 noviembre FJ 4: “El contenido del derecho al honor, que la Constitución garantiza como derecho fundamental en su art. 18, apartado 1, es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Tal dependencia se manifiesta tanto con relación a su contenido más estricto, protegidos por regla general con normas penales, como a su ámbito más extenso, cuya protección es de naturaleza meramente civil. Por otra parte, es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas

como “convencimiento práctico de la propia dignidad”¹³²⁴ y en la externa, entendido como reputación o fama, aparece revestido de un fuerte sentido corporativista o gremial.

La jurisprudencia ha reconocido la existencia del honor como valor específico militar, entendido como una primordial y “depurada actitud moral” que ha de servir al militar como presupuesto para el más exacto cumplimiento de su deber, lo que se traduce en un “plus” de eticidad superior a la exigible al ciudadano común y en una mayor exigencia de pulcritud profesional para sus miembros, lo que está estrechamente relacionado con la *condición* militar como “particular manera de ser y actuar en pro de altos fines”¹³²⁵. Incluso ha esbozado

dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión”.

¹³²⁴ ALAIZ MIRANDA, Carlos: *El hombre militar. Rasgos morales de un oficio*, León, 1977, p. 36.

¹³²⁵ STS de 6 octubre 1989 (Sala Quinta): “...el honor, según la acepción más cabal de esta palabra, es la cualidad que impulsa al hombre a conducirse con arreglo a las más altas normas morales. Tiene honor, en consecuencia, quien observa un comportamiento inspirado por unas exigencias morales más rigurosas a las que sirven de pauta al común de los hombres. El honor así entendido, no es, por supuesto, patrimonio de persona o grupo alguno, pero existen cuerpos y clases en el Estado a cuyos (miembros) puede serles exigido un cierto honor, es decir, una más alta moralidad, incluso a través de la vía coactiva del Derecho disciplinario, bien por la trascendencia de la función pública que les está encomendada, bien por la delicadeza o potenciales efectos de los medios que se les confían. En esta situación de especial exigencia se encuentran indudablemente los militares, particularmente los profesionales, cuyas Reales Ordenanzas, definidas como la regla moral de la Institución Militar, vinculan jurídicamente en cuanto constituyen el contenido de una ley. El honor militar, en consecuencia, que los arts. 1 y 29 de las Reales Ordenanzas relacionan significativamente con el cumplimiento del deber, es, antes que ninguna otra cosa, la depurada actitud moral que ha de servir de presupuesto en el militar, junto al amor a la Patria, la disciplina y el valor, para el más exacto cumplimiento del deber, siendo este el sentido primordial del honor militar, se comprende sin dificultad cuán equivocado está el recurrente al argüir que su acción no fue contraria al honor militar porque no era capaz de empañar la reputación de la Institución. Aunque así fuese habría que oponer a tal razonamiento que dicha conducta es contraria al honor militar porque pone de manifiesto, en un profesional de la milicia, tanto una desmedida orientación al lucro, como una deplorable falta de escrúpulos en la elección de los medios para su consecución, lo que implica un nivel moral muy inferior, no solo al que es exigible del (hombre) de honor, sino al que es propio del ciudadano mínimamente respetuoso con las normas más elementales de convivencia social”.

ATC 446/1984 de 11 julio, FJ 6: “También debe ponderarse la especialidad de dicha infracción criminal, como otras muchas agrupadas [...], bajo el epígrafe de «delitos contra el honor militar», en los que los bienes jurídicos protegidos guardan relación directa con la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense, dentro de la que destaca la condición o status de militar, como particular manera de ser y actuar en pro de altos fines, que comporta la sujeción a un sistema normativo en que se imponen de forma muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión sin originar un sensible desvalor, cual sucede con el honor profesional e inmaterial de una institución como la militar, que no acepta los móviles que estima deshonrosos y que inciden en el sistema de disciplina y respeto por que se rige, y que es preciso preservar, por lo que la prohibición penalizada como delito en el art. 352 del CJM no puede en principio ser estimada como inconstitucional con los efectos pretendidos por el recurrente, de acuerdo con los criterios y juicios de valor utilizables en la profesión militar, dada su singular naturaleza, estructura y finalidad”.

una delimitación negativa, sobre lo que no cabe considerar incluido en el concepto del honor militar¹³²⁶.

El honor militar es un parámetro de conducta que impone unas reglas de comportamiento cuya infracción puede resultar sancionada en vía penal o disciplinaria. Pero este efecto no es automático, porque no toda infracción conlleva sanción, que está reservada para los casos en que las faltas al honor estén relacionadas con la eficacia de las Fuerzas Armadas para el mejor cumplimiento de sus misiones constitucionales y la menoscaben; de manera que si no afecta a esta eficacia constitucionalmente entendida, no deberían ser reprimidas¹³²⁷.

Este honor militar, como valor específico traducido en “*plus*” de eticidad y vinculado a la *condición* militar, se superpone con el derecho al honor que corresponde al militar como ciudadano común, pero es importante retener que este honor militar no es precisamente un privilegio, sino una carga que se asume y se manifiesta en la exigencia de mayor rigor en el cumplimiento de las obligaciones profesionales.

Por otra parte, desde un punto de vista objetivo, no cabe duda de que “los militares” son un colectivo de personas que puede ser objeto de ataques a su honor como tal colectivo; ataques contra los que cabe defensa siempre que los afectados sean identificables individualmente como miembros de las Fuerzas Armadas. Finalmente, es indudable que el honor de las Fuerzas Armadas, como institución del Estado acogida constitucionalmente, es un bien jurídico digno de protección¹³²⁸.

¹³²⁶ STS de 21 junio 1991, FD 2º: “...cabe que una persona se encuentre perfectamente insertada en la sociedad y no sea conveniente, sin embargo, que pertenezca [...] a las Fuerzas Armadas. En última instancia, habrá que recordar que aquéllas, como la Administración Pública en general, pueden exigir a sus miembros un «plus» de eticidad superior al del resto de los ciudadanos y decretar que determinados comportamientos quiebran irremediabilmente el vínculo de confianza que con ellos ha de mantener y la imagen de ejemplaridad que deben proyectar al exterior”. ATC 46/1980 de 13 octubre FJ 3: “...cabe añadir que el hecho de que un militar fuera retirado en el año 1942 por razones de orden político o de depuración del Ejército, podrá haber determinado frustraciones profesionales, y, más aún, vitales, pero no puede decirse que en modo alguno suponga mancha en el honor de la persona”.

¹³²⁷ Esta conexión entre honor militar y eficacia se observa en la STC 151/1997 de 29 septiembre FJ 5 y 6, que se reseña mas adelante, en la que el TC admite un honor militar específico, pero este ha de ser adecuado a las exigencias de eficacia de las Fuerzas Armadas, compatible con la Constitución y ajustado al contexto social actual.

¹³²⁸ A modo de resumen, véase el cuadro siguiente.

La **recepción legislativa** del concepto de honor militar se ha hecho en dos campos. En el terreno de los principios, el Artículo 1 ROFAS configura el honor como uno de los cuatro principios inspiradores del exacto cumplimiento del deber, junto a amor a la Patria, disciplina y valor. Asimismo, en su derogado Artículo 29 se subrayaba su configuración como sentimiento inspirador de una recta conducta¹³²⁹. Este Artículo 29 irradiaba su influencia al otro campo, el ámbito disciplinario, ya que ese concepto del honor militar es el que impregna la previsiones disciplinarias, con una fuerza expansiva que no deja a salvo el ámbito

FACETA	CLASE	TITULARES	CARÁCTER	PROTECCIÓN
Subjetiva-interna	Honor "civil".	Ciudadanos	Derecho fundamental (DF)	Como tal DF. Amparo ordinario
	Honor "militar"	Ciudadanos-militares	Valor específico militar-bien jurídico digno de protección	Proceso ordinario
Objetiva-externa	Honor "de los militares"	Militares como colectivo	DF (individualizable)	Como tal DF. Amparo ordinario
	Honor "de las FAS"	FAS como Institución	Valor específico militar-bien jurídico digno de protección	Proceso ordinario

¹³²⁹ Las Reales Ordenanzas mencionan el honor en siete Artículos: 1 (inspirador del cumplimiento del deber), 23 (servicio a la Patria), 29 (concepto), 33 (decisión en casos dudosos), 70 (en el Suboficial), 72 (en el Oficial), 198 (conductas deshonrosas).

Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Título primero. De la institución militar.

Artículo 1: "Estas reales ordenanzas constituyen la regla moral de la institución militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros. Tienen por objeto preferente exigir y fomentar el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la patria y en el honor, disciplina y valor".

Artículo 23: "[...] El servir a la patria con las armas es un alto honor y constituye un merito por los sacrificios que implica". Derogado por Ley 39/2007 (LCM).

Título II. Del militar.

Artículo 29: "El sentimiento del honor, inspirado en una recta conciencia, llevara al militar al mas exacto cumplimiento del deber". Derogado por Ley 39/2007 (LCM).

Artículo 33: "En el cumplimiento de las órdenes ha de esforzarse en ser fiel a los propósitos del mando, con amor a la responsabilidad y espíritu de iniciativa. Ante lo imprevisto tomara una decisión coherente con aquellos propósitos y con la unidad de doctrina, debiendo en los casos dudosos elegir lo mas digno de su espíritu y honor".

Título III. De los niveles de la jerarquía militar.

Del suboficial. Artículo 70: "Su vocación, honor y espíritu militar le impulsaran a obrar rectamente y a esforzarse en sobresalir por sus conocimientos profesionales, dedicación y conducta ejemplar".

Del oficial. Artículo 72: "El oficial cuyo propio honor y espíritu no le estimulen a obrar siempre bien vale muy poco para el servicio; [...]".

Título V. De los deberes y derechos del militar. De las recompensas y sanciones.

Artículo 198: "Los delitos y faltas cometidos por militares, así como las conductas deshonrosas o indignas, se corregirán o juzgaran [...], según proceda". Derogado por Ley 39/2007 (LCM).

De los deberes y derechos civiles y políticos.

Artículo 171: "La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tienen obligación de respetar y derecho a exigir. Ningún miembro de los ejércitos podrá hacer objeto a los demás, ni sufrir el mismo maltrato de palabra u obra, ni cualquier otra vejación o limitación indebida de sus derechos". Derogado por Ley 39/2007 (LCM).

privado en la exigencia de ese estándar mínimo de dignidad o conducta apropiada que se exige a todo militar¹³³⁰.

Del conjunto de los preceptos referentes al honor que contienen las Reales Ordenanzas y la Ley 39/2007 de 19 de noviembre (LCM), salta a la vista el carácter axial de este en paridad con la disciplina, dotado además de un claro sentido utilitario como resorte interno que incita a “obrar rectamente” o al “exacto cumplimiento del deber”¹³³¹.

En la vigente ley disciplinaria (LORDFAS) no aparece la palabra “honor”, pero los tipos relacionados con este pueden asociarse a la “dignidad” bien individual o colectiva. Así, se tipifica como falta grave el “llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas” (Artículo 8.23) o el mantener relaciones sexuales según su forma, circunstancias o trascendencia (Artículo 8.24). Asimismo, mediante expediente gubernativo podrán imponerse sanciones disciplinarias extraordinarias a los militares profesionales, entre otras causas, por realizar actos gravemente contrarios a la dignidad militar, que no constituyan delito (Artículo 17).

El derogado Artículo 176 ROFAS incluía entre los derechos del militar la protección por ley contra ultrajes o difamaciones que tengan por causa u origen su condición o actividad militar, aunque esta posible protección privilegiada debía traducirse en los correspondientes tipos penales.

En el campo de la **doctrina**, es relevante el esfuerzo de Cotino Hueso por delimitar precisamente el perfil del honor militar, ya que admitir el derecho al honor del militar como individuo no presenta mayor dificultad que la de fijar los límites de este, dado que el militar entiende la dignidad como algo consustancial con su ejercicio profesional y es muy sensible a los ataques o limitaciones en esta

¹³³⁰ Para López Benítez, este carácter expansivo que el concepto de honor tiene en el ámbito castrense, con hondas raíces históricas, se acentúa cuando se viste de uniforme o se hace uso de la condición militar, pero no desaparece en el ámbito privado. Hace una reseña de las consecuencias de la consagración del honor en el ámbito disciplinario, que se traduce en ilícitos penales o disciplinarios como las prácticas homosexuales, las deudas injustificadas o el comportamiento escandaloso. Véase LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 539-541.

¹³³¹ Artículo 4 LCM. Reglas de comportamiento del militar. 1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes: [...] Decimoquinta. Cumplirá con exactitud sus deberes y obligaciones impulsado por el sentimiento del honor, inspirado en las reglas definidas en este artículo.

cuestión. En cambio, presenta mayores dificultades determinar el alcance del reconocimiento de un derecho al honor colectivo, que englobe al conjunto de las Fuerzas Armadas o a alguno de los Ejércitos, Cuerpos o Armas que las integran, dado que la protección de este honor se traduce en tipos penales y disciplinarios, porque

“A la postre, la cuestión reside en si puede calificarse de derecho fundamental el honor de las FAS o *simplemente* deba calificarse como un bien jurídicamente protegido por el ordenamiento al que no corresponde la especial protección formal y material de la que gozan los derechos fundamentales”¹³³².

En este sentido, la STC 107/1988 de 8 junio excluyó que el honor de las instituciones públicas se identificase con el derecho fundamental del Artículo 18 CE, por el carácter personalista de este, doctrina que fue reiterada en STC 51/1989 de 22 febrero (FJ 2). A juicio de Cotino, esta es la posición que debiera mantenerse, ya que no excluye la protección del prestigio y dignidad de las Fuerzas Armadas pero no los coloca en paridad con los derechos fundamentales que son inherentes a la persona física¹³³³.

“En consecuencia, cuando se trate del honor, dignidad o prestigio de las FAS, sus cuerpos y armas, no se hace referencia a derecho fundamental alguno, sino a bienes jurídicos dignos de protección, pero no al mismo nivel de los derechos fundamentales”¹³³⁴.

La **jurisprudencia** del TC da preponderancia a la libertad de expresión y el derecho a la información, sobre el derecho al honor, invirtiendo así el orden valorativo seguido por la jurisdicción ordinaria, que era el contrario. La ponderación se hace así entre un derecho colectivo y prioritario, cual es la libertad de expresión y el derecho a la información, que prevalece frente a un derecho

¹³³² COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit. p.654. Según Cotino, la cuestión del reconocimiento a las personas jurídicas o instituciones públicas de la titularidad de derechos fundamentales, no es nada pacífica. En su opinión, esta titularidad debe quedar reservada a las personas físicas, dada la íntima conexión existente entre los derechos de la personalidad y la dignidad humana. También considera que esta alta estima en que los militares tienen a la dignidad de su profesión, permite calificarles de “excesivamente susceptibles” en cuanto a las causas que pueden vulnerar su honor, causas de las que ofrece varias muestras extraídas de la jurisprudencia del TC.

¹³³³ Y dice “mantenerse” porque, como se ha visto, la jurisprudencia del TC evoluciona y ha ido extendiendo el reconocimiento del derecho al honor y la consecuente protección que este otorga, primero a ciertos colectivos (caso Violeta Friedman) y luego a empresas privadas (STC 139/1995 de 26 septiembre FJ 5 y 6).

¹³³⁴ COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit. p.659.

individual como el derecho al honor, siempre que la información sea veraz y los hechos tengan relevancia pública y, aunque no hay una doctrina jurisprudencial inequívoca, el derecho al honor se va configurando mediante su ponderación con el derecho a la libertad de expresión e información¹³³⁵.

Dado el importante papel que tiene la jurisprudencia para la construcción de un concepto del honor actual y constitucionalmente compatible, conviene examinar algunos casos centrados sobre el honor militar o el honor de los militares.

El Tribunal Supremo consideró que "la exigencia de determinadas conductas en orden a la dignidad y al honor a ciertos individuos e incluso sectores sociales no supone la quiebra del principio de igualdad"¹³³⁶.

La STS de 17 septiembre 1997 (Sala Quinta), consideraba el endeudamiento injustificado de un militar como conducta contraria al honor militar, por superar claramente sus posibilidades económicas. El infractor fue sancionado con un año de suspensión de empleo, por la vía de un expediente gubernativo, como incurso en el tipo disciplinario "observar conductas gravemente contrarias a la dignidad militar, que no constituyan delito"¹³³⁷. La relación del "plus" de moralidad exigible al militar con la dignidad militar y su extensión a conductas relativas al ámbito privado, como es la obtención de crédito bancario, y su correspondiente sanción disciplinaria, marca una evidente distinción entre el

¹³³⁵ Sobre la ponderación y sus criterios, véase BALAGUER CALLEJON, M L: *El derecho fundamental al honor*, cit. pp.157-189. Los criterios utilizados por el TC para la ponderación se apoyan en el contraste entre intereses (público frente a privado), el interés social de la noticia, la intrascendencia de la veracidad, los sujetos de la relación informativa y la difícil distinción entre hechos y juicios de valor o entre información y opinión.

¹³³⁶ STS de 6 octubre 1989 (Sala Quinta).

¹³³⁷ STS 17 septiembre 1997, FD 3: "Como ya ha declarado esta Sala (sentencia de 30 de abril de 1.990) ha de entenderse gravemente contraria a la dignidad militar la conducta observada por un militar que con total falta de seriedad o posibilidad contrae numerosas deudas que aún no ha satisfecho, ocasionando con ello tanto el desprestigio personal como el demérito de la Institución a que pertenece, lo que aleja por completo al expedientado de ese actuar con dignidad e integridad que, como plus de moralidad, cabe exigir a quien forma parte de las Fuerzas Armadas. No se trata pues, como aduce el demandante, de conducta solo propia de relaciones mercantiles entre un cliente y unas entidades bancarias, y que no trasciende de la esfera privada. El endeudamiento injustificado que supera las posibilidades económicas del deudor, que queda sometido a diversos juicios ejecutivos, donde se acuerda la retención de sus haberes, produce como consecuencia un descrédito para el mismo, que trasciende al ámbito de sus relaciones y actividades y, en mayor grado, cuando se trata del ámbito de la Institución Militar, ante cuyas Autoridades y Organismos, [...], llegan las quejas y reclamaciones de los acreedores y los despachos judiciales que acuerdan las retenciones en procedimientos ejecutivos, ya que, [...] el actor, para la obtención de al menos algunos de los créditos dio a conocer su condición militar y su destino. Correcta, pues, y ajustada a derecho la sanción disciplinaria, procede la desestimación de la demanda".

militar y el ciudadano común; puesto que aunque sea posible encontrar otros casos en los que una persona argumente su pertenencia a la Administración pública para conseguir crédito, está claro que será difícil encontrar uno en que sea sancionado en razón de esa conducta por la propia Administración a la que pertenece.

En principio, parece una cuestión de diligencia del que presta, porque si el cálculo comercial le resulta fallido, que vaya a los tribunales, pero parece excesivo utilizar la ley disciplinaria para sancionar este tipo de conducta. Pero también es cierto que su *condición* militar y destino pudo ser determinante para la obtención de un crédito que, al resultar defraudado, redundaría en cierto desprestigio para el colectivo militar y, de rebote, para la imagen social de la Fuerzas Armadas que, como institución, tiene derecho a protegerse de estas mermas injustas en la consideración de los ciudadanos.

La STC **1/2005** de 17 enero, resolvía un recurso de amparo promovido por un medio de comunicación, por vulneración del derecho a la libertad de información. El medio había sido condenado por intromisión ilegítima en el derecho al honor de dos militares, por una entrevista en un programa de radio sobre una agresión sexual en un cuartel que luego se demostró falsa¹³³⁸. En el caso se trataba de deslindar el derecho al honor de las personas afectadas por la emisión del programa radiofónico y el derecho a transmitir y recibir información. La controversia sobre si concurría en el supuesto el requisito de la veracidad de la información y sobre si el reportaje fue neutral, se saldó considerando el TC que no hubo tal neutralidad, por lo que no puede entenderse cubierta la emisión radiofónica por el derecho reconocido en el Artículo 20.1,d CE a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que en esta “se

¹³³⁸ STC 1/2005 de 17 enero, FJ 2: “Ante este tipo de conflictos, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este Tribunal ha elaborado una doctrina que «parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información, puesto que a través de este derecho no solo se protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4 y las allí citadas). El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido, sin embargo, modulado en nuestra jurisprudencia, negando su jerarquía sobre otros derechos fundamentales (SSTC 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7). De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, y su prevalencia sobre el derecho al honor garantizado en el art. 18.1 CE, a que la información se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz» (STC 159/2003, de 15 de septiembre, FJ 3)”.

dio por cierta la comisión de un grave delito por parte de unas personas que tenían derecho a que se respetara su presunción de inocencia, sin hacer el más mínimo trabajo de contraste”(FJ 7). Es un caso del “derecho al honor de los militares” puesto que la imputación de la autoría de los hechos delictivos a dos superiores jerárquicos del recurrente en amparo, acarrearía para estos además de las consecuencias penales comunes a cualquier ciudadano en sus circunstancias, las propias de los tipos disciplinarios sancionadores de estas conductas que se apoyan en la preservación del “honor militar”.

Si no es sencillo concretar la faceta subjetiva del honor, entendido como la propia estima o la reputación de la persona, más dificultades se encuentran para concretar lo que entendemos por el honor colectivo de los grupos o instituciones, para cuya salvaguarda se emplearon los **Tribunales de Honor**, que nacieron con la finalidad práctica de purgar la institución militar de elementos indeseables cuyas conductas resultaban deshonrosas para el grupo, evitando además el recurso a métodos más cruentos como el duelo.

Aunque existen precedentes desde los primeros pasos constitucionalistas en España¹³³⁹, la primera regulación de los Tribunales de Honor data de 1867 (Real Decreto de 3 de enero) de donde pasó al Código de Justicia Militar de 1890. Tras su prohibición por la Constitución de 1931 (Artículo 95.4º), se restablecieron en el Ejército y la Marina en 1936 por Decreto del Gobierno del Estado nº.78 de 17 noviembre, cuyo Artículo segundo declaraba sometidos a fallo de estos Tribunales "todas aquellas conductas que, a juicio de la colectividad militar, representada en la forma que en este Decreto se expone, empañen el buen nombre o caballeridad de sus autores". Se establecían como una instancia correctora de los fallos de la jurisdicción, cuando se consideraba que esta no había dado entera satisfacción a las exigencias del honor; dado que sujetaba a su competencia el examen y resolución de “los hechos deshonrosos que, enjuiciados por los órganos jurisdiccionales competentes, no se meritúen por estos en forma condenatoria, o que, sancionados, la pena impuesta no lleve aparejada como accesoria la separación del servicio". Por lo que se delimitaba un ámbito de competencia propio para los Tribunales de Honor, al reconocerles una especie de

capacidad revisora de las sentencias de los órganos jurisdiccionales para separar del servicio a personas que el grupo consideraba indignas.

Como consecuencia de la revisión del Código de Justicia Militar entonces vigente, encomendada al Consejo Supremo de Justicia Militar, por la Jefatura del Estado se dictó la Ley de 27 septiembre de 1940 sobre Tribunales de Honor, que derogaba el Decreto de 1936 y armonizaba la regulación existente con las pautas a marcar por el nuevo Código de Justicia Militar. La ley regulaba la constitución y funcionamiento de los Tribunales de Honor y extendía su ámbito de aplicación personal a todos los generales, jefes y oficiales de los tres ejércitos en situación de actividad o reserva¹³⁴⁰. Con esta regulación se extendía la protección del honor mas allá del ámbito personal que significaba el “buen nombre y caballerosidad de sus autores”, porque ahora la conducta deshonrosa podía ser para sí mismo, pero también para el Arma o Cuerpo o para los Ejércitos, lo que es una clara ampliación del ámbito sancionable, desde el honor personal al colectivo o corporativo.

El fallo del Tribunal podía producirse en dos sentidos, si declaraba deshonorosos los hechos o conducta que provocaron su constitución, proponía la separación del servicio del inculpado, para lo que era preciso el voto de las dos terceras partes del Tribunal y en caso contrario, se entendía que el fallo era absolutorio¹³⁴¹.

El Código de Justicia Militar (1945) recogía en sus Artículos 1.025 al 1.046 la Ley de 27 septiembre de 1940, con ligeras variaciones¹³⁴².

Conviene tener muy presente cual es la verdadera **naturaleza** de los Tribunales de Honor, ya que esta denominación encierra un equívoco, porque como subraya Rojas Caro resumiendo la opinión más común en la doctrina:

“...el tribunal de honor no es un tribunal desde el punto de vista orgánico-judicial, no utiliza procedimiento judicial y no enjuicia delitos ni faltas

¹³³⁹ Real Orden de 31 de marzo de 1811 (Cortes de Cádiz).

¹³⁴⁰ "...que cometan un acto contrario a su honor o dignidad u observen una conducta deshonrosa para sí, para el Arma o Cuerpo al que pertenezcan o para los Ejércitos, aunque los mismos hechos estuvieran ya juzgados en otro procedimiento judicial o gubernativo, salvo si hubiesen sido sancionados con separación del servicio" (Artículo primero).

¹³⁴¹ Sobre la evolución de los Tribunales de Honor desde 1936, su funcionamiento, formularios, etc, véase HIDALGO REDONDO: *Tribunales de Honor*, Imprenta Militar "Hidalgo", Madrid, 1941.

¹³⁴² Véase DÍAZ-LLANOS LECUONA, R.: *Leyes Penales Militares*, cit.

penales o administrativas, sino conductas que lesionan el honor del encausado o del cuerpo al que pertenece”¹³⁴³.

En la vigente Constitución, el Artículo 26 CE los prohíbe “en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales”, por lo que se podría pensar que esta prohibición no alcanza a los militares. Pero el simple juego del principio de legalidad, el derecho a la defensa, a las garantías procesales o a una tutela judicial efectiva, harían difícilmente operativa la constitucionalidad del sometimiento de un militar a un tal tribunal. Por otra parte, los posibles delitos o faltas relativos al honor militar ya están encajados en tipos penales o disciplinarios, por lo que la mayoría de la doctrina opina que los Tribunales de Honor son incompatibles con los principios generales básicos que estableció la CE¹³⁴⁴. No obstante, también hay un sector doctrinal que defiende la posibilidad de su existencia¹³⁴⁵. En cualquier caso, con posterioridad a 1978 el legislador había guardado un significativo silencio sobre este tema hasta la vigente Ley

¹³⁴³ ROJAS CARO, José: *Derecho disciplinario militar*, Tecnos S.A. Madrid, 1980, p. 253.

¹³⁴⁴ Véase MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “La desaparición de los Tribunales de honor en la Ley Orgánica 2/1989, de 23 de abril, procesal militar”, *Revista Española Derecho Militar* nº. 54, julio-diciembre 1989.

Véase DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M: “De nuevo sobre los Tribunales de Honor (La desaparición de los tribunales de honor militares de nuestro ordenamiento jurídico: una operación en consonancia con los postulados constitucionales)”, en *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Véase ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit. pp. 426-431.

¹³⁴⁵ Guaita consideraba que los Tribunales de Honor pueden existir entre los militares. GUAITA MARTORELL, A.: “Los derechos fundamentales de los militares”, cit. p.587.

Rojas Caro no comparte la doctrina dominante de que aunque los Tribunales de Honor (en el ámbito militar) puedan ser constitucionalmente admisibles, no sean jurídicamente viables. Apoya la viabilidad jurídica de los Tribunales de Honor en la idea de que no son tribunales de justicia, porque así lo quiso el Constituyente de 1978 al configurarlos “como una excepción a los derechos y garantías”; y considera que no es insalvable la contradicción entre la existencia de tales tribunales y las garantías penales y procesales. Descubre tres rasgos sobresalientes de estos tribunales, como son el conocimiento de las acciones u omisiones contrarias al honor personal o corporativo, la inmunidad judicial del fallo, que es una característica esencial, y su compatibilidad con otros procesos. Véase ROJAS CARO, J.: *Derecho disciplinario militar*, cit. pp. 259-264.

No obstante, entendemos que en esta posición que Rojas Caro desarrolla minuciosamente, subyace un residuo de autonomía institucional de las Fuerzas Armadas, que no puede admitirse, porque no es posible que una decisión interna entre iguales se imponga a los preceptos de las ROFAS, que consideran el empleo militar como una propiedad que solo puede perderse por renuncia voluntaria, por sentencia firme de tribunal competente (como pena principal o accesoria) o por pérdida de la nacionalidad española (Artículo 209).

Peñarrubia sostiene que los Tribunales de Honor están permitidos por la Constitución 1978, porque no los prohíbe expresamente, y que cabe regularlos dándoles como ámbito de actuación los supuestos de separación del servicio no agotados en la legislación penal y disciplinaria. Regulación que debería hacerse, naturalmente, respetando todas las previsiones constitucionales de legalidad, procedimiento, recursos, etc. No sería un tribunal de honor al modo tradicional, pero

Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que ha zanjado la cuestión al declarar prohibidos los Tribunales de Honor en el ámbito militar (Artículo 21. 2. Régimen disciplinario).

No obstante, es interesante observar que el TC ha dictado una sentencia relacionada con Tribunales de Honor, por hechos producidos estando vigente la Constitución, que resulta muy útil para esclarecer el concepto del honor en el ámbito militar, desde el punto de vista constitucional¹³⁴⁶. A este respecto, a continuación subrayaremos los aspectos más relevantes de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su **STC 151/1997** de 29 septiembre¹³⁴⁷.

Para el TC, el principio de legalidad no es incompatible con el empleo de conceptos jurídicos indeterminados en materia sancionadora. Pero advierte que esto no implica que el legislador pueda recurrir sin traba a las cláusulas abiertas para fijar los tipos sancionadores, ya que estas solo son constitucionalmente admisibles cuando coincidan dos circunstancias; que sea imposible fijar el tipo en términos más precisos y que exista una fuerte necesidad de tutela.

Según expresa el TC, los conceptos jurídicos indeterminados han de ser "determinables", lo que ocurre es que esa determinación recae no sobre el legislador sino sobre el intérprete y aplicador de la norma, que para ello debe utilizar pautas objetivas, no discrecionales, para que esos preceptos se revelen previsibles y se garantice así la taxatividad de la norma en favor de la seguridad jurídica. Se trata de evitar indefensión al ciudadano, permitiéndole prever las

sería posible. Véase en PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 203-204.

¹³⁴⁶ Véase en su totalidad CALAFELL CERRÁ, Vicente Juan: "Reflexiones sobre los Tribunales de Honor militares a propósito de la Sentencia del Tribunal constitucional 151/1997, de 29 de septiembre", *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 74, julio- diciembre 1999, pp. 233-261.

Calafell establece los siguientes rasgos o notas características definitorios de los Tribunales de Honor: a) Los actos indecorosos no están tipificados, b) No juzgan conforme a normas jurídicas, sino que se pronuncian en conciencia, c) Su actuación es compatible con cualquier otro procedimiento por los mismos hechos, d) Su finalidad es la separación del servicio de aquel cuya conducta resulte contraria al honor, e) Su fallo no es susceptible de recurso alguno.

¹³⁴⁷ El recurso de amparo se fundamentaba en los siguientes hechos. En septiembre de 1979 se constituyó un Tribunal de Honor para enjuiciar a un capitán por la imputación de consentimiento de adulterio de su mujer con un teniente y robo de 55.000 pesetas del Regimiento. Este Tribunal acordó proponer su separación del servicio por entender que los hechos debían calificarse como deshonorosos. En virtud de dicho fallo, por Orden del Ministerio de Defensa, el capitán quedó separado del servicio pasando a la situación de retirado. Asimismo, se le formó Consejo de Guerra por el supuesto robo, en el que resultó absuelto.

Del periodo anterior a la entrada en vigor de la Constitución 1978, puede verse STS de 28 de junio 1988 (Sala Quinta) sobre denegación de recurso extraordinario de revisión administrativa de

consecuencias de sus actos mediante el conocimiento previo de lo que está prohibido.

En las resoluciones sancionadoras, el principio de legalidad puede resultar vulnerado por varias causas: por una subsunción de hechos inadecuada a la norma aplicada; por un fundamento metodológico insuficiente por basarse en argumentos ilógicos o extravagantes; o porque la resolución sea ajena a los valores que informan la Constitución, conduciendo a soluciones opuestas a su orientación material e imprevisibles para sus destinatarios.

La STC 151/1997 insiste en la importancia de la motivación de la resolución sancionadora, porque en esta han de recogerse los aspectos esenciales de la interpretación de la norma, hecha por el sancionador. Los límites impuestos al ejercicio de los derechos fundamentales deben ser restrictivos en cuanto a su establecimiento, interpretación y forma de aplicación y, desde luego, con la intensidad mínima necesaria para la preservación de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Esta limitación mínima indispensable está sometida al principio de proporcionalidad y debe además descansar sobre una motivación suficiente, cuya falta puede vulnerar el derecho afectado.

La exigencia de motivación resultaba especialmente pertinente y necesaria en este caso, para poder controlar lo razonable y proporcional de las medidas limitadoras, máxime tratándose de un concepto indeterminado tan necesitado de interpretación y adaptación a los valores y preceptos constitucionales como es el honor militar¹³⁴⁸. Además, el TC consideró que las resoluciones anteriores enjuiciadas no precisaban el alcance del concepto de honor militar y eran

Orden ministerial acordando separación del servicio, con baja en el Ejército, de un oficial en ejecución de acuerdo de Tribunal de Honor Militar que se le formó en abril de 1974.

¹³⁴⁸ STC 151/1997 de 29 septiembre, FJ 5: "Esta exigencia de motivación para poder controlar la razonabilidad y la proporcionalidad de las medidas limitadoras del ejercicio de un derecho fundamental es especialmente relevante en supuestos como el presente en el que ese límite lleva aparejadas consecuencias tan graves como la pérdida definitiva de la propia profesión y ello se produce mediante la aplicación de conceptos tan indeterminados y tan necesitados de una explícita interpretación y aplicación adaptada a los nuevos valores y preceptos constitucionales como es el tradicional concepto de honor militar, máxime cuando opera como límite de conductas relacionadas con comportamientos sexuales desarrollados fuera de las instalaciones militares[...]. En suma, [...] se desprende como *ratio decidendi* para resolver la triple queja enjuiciada, que, dado el carácter indeterminado del tipo penal aplicado, el consiguiente mayor riesgo de extensión indebida y su efecto limitador de un derecho fundamental como el reconocido en el art. 18 C.E., las resoluciones traídas a este proceso de amparo incurrirán en las vulneraciones constitucionales denunciadas si están huérfanas de motivación suficiente".

manifiestamente insuficientes al razonar su aplicación al caso concreto del consentimiento del adulterio.

El TC estimó constitucionalmente admisible la utilización de un concepto de honor específico de los Ejércitos y de los militares como límite incluso del ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales, pero también que su alcance deberá irse concretando, especialmente a través de los cauces jurisprudenciales, razonando por qué y en qué medida los supuestos analizados afectan al honor de los militares o de los Ejércitos. En este caso, faltaba la ponderación de la relación entre las circunstancias del caso y la concreta afectación al honor y dignidad militar, concluyendo el TC que ni el Tribunal de Honor ni el Tribunal Supremo aclaran en qué consistió la deshonor, ni con qué pauta o regla ético-social o moral se valoró la misma, o cuál era el comportamiento alternativo adecuado a los bienes que se pretendían menoscabados. Además, tampoco precisaba si el acto contrario a la dignidad y al honor enjuiciado lo fue para el expedientado, para el Arma o Cuerpo al que pertenecía o para los Ejércitos, supuestos que no tienen necesariamente el mismo contenido, ya que puede ser distinto el honor militar que el honor de los militares. Todo esto configuraba una falta de argumentación que impedía conocer la norma concreta aplicada así como si la sanción era una consecuencia previsible para la conducta sancionada (FJ 6).

En suma, la afirmación jurisprudencial de la existencia de un honor militar específico, conlleva exigencias profesionales mayores y más rigurosas que se plasman en la legislación correspondiente, principalmente en el ámbito disciplinario, en forma de tipos sancionadores de conductas como el comportamiento escandaloso, la asunción de deudas injustificadas o la realización de actos contrarios a la condición militar. Además, el concepto de honor militar tiene un fuerte carácter expansivo, apoyado sobre la base del concepto de *condición* militar y el condicionamiento de circunstancias como la ostentación de la cualidad de militar, las relaciones jerárquicas, el carácter del lugar donde se producen los hechos y otras, lo que pone de manifiesto la necesidad de profundizar en las técnicas de control y determinación de estos conceptos jurídicos indeterminados.

A la vista de este tratamiento, resulta evidente la necesidad de depurar el concepto del honor militar, a la luz de los principios y valores constitucionales,

para evitar que al amparo de este concepto jurídico indeterminado se justifiquen limitaciones a los derechos y libertades.

Cerrando este necesario inciso sobre los Tribunales de Honor, a continuación se harán algunas consideraciones sobre el resto de los derechos contemplados en el Artículo 18 CE, en lo que sea de interés significativo para el ámbito militar.

El derecho a la **intimidad**¹³⁴⁹ se vincula a la esfera más privada de las personas y está estrechamente relacionado con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 CE). Se le reconoce al individuo aisladamente considerado, incluso a las personas más expuestas al público y también al núcleo familiar¹³⁵⁰. El contenido esencial del derecho a la intimidad está referido “a la obligación, por parte de los poderes públicos y de la sociedad, de respetar un ámbito de privacidad de la persona”¹³⁵¹, por lo que en gran medida está orientado a la protección del ciudadano frente a las intromisiones del poder público y como en el caso del honor, con el que está claramente conectado, la extensión del derecho se ve condicionada por el carácter de la persona o el aspecto concreto de su vida que resulta afectado, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso. No obstante, la invasión de la privacidad puede estar justificada por razones de interés social y más en concreto, por las exigencias informativas como elemento que allana o facilita la participación política¹³⁵².

¹³⁴⁹ Intimidad: “Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia” (DRAE).

¹³⁵⁰ STC 197/1991 de 17 octubre, FJ 3: “El derecho a la intimidad personal del art. 18 C.E. está estrictamente vinculado a la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 C.E., e implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988, fundamento jurídico 3.º)[...]. Pero el derecho a la intimidad se extiende no solo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 C.E. protegen”.

¹³⁵¹ BALAGUER CALLEJON, F.: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*. 2007, cit. p.121.

¹³⁵² El problema práctico del derecho a la intimidad gira sobre la confidencialidad de los datos que posee el Estado. La tradicional organización de los grados de privacidad que hacía la doctrina en esfera privada, intimidad confidencial y secreto, ha sido sustituida actualmente por la “teoría del mosaico” que en síntesis viene a decir que si bien el conocimiento de datos aislados parece algo inocuo, con ayuda de herramientas informáticas, ese conocimiento fragmentario puede desplegar un potencial avasallador.

STC 214/1991 de 11 noviembre FJ 6: “[...]las libertades del art. 20 de la Constitución no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático,[...]”.

En la confrontación con el derecho a la intimidad y al honor, la libertad de información goza, en general, de una posición preferente pero no absoluta. Para deshacer esta posición en cada caso, será necesario constatar previamente la relevancia pública de la información, ya sea por el hecho o por la persona involucrada, así como la veracidad de los hechos y afirmaciones expresadas¹³⁵³. Posee también un importante componente histórico y cultural¹³⁵⁴.

El Artículo 174 ROFAS avanza en la línea de la protección constitucional a los derechos del Artículo 18 CE, con la salvedad de que da entrada a la autoridad militar “con atribuciones para ello” en paridad con la judicial¹³⁵⁵.

En la práctica, el derecho a la intimidad del militar puede resultar afectado por la circunstancia material de las condiciones de vida en bases, buques y acuartelamientos, puesta en relación con los preceptos disciplinarios, en particular cuando se vive dentro de estos establecimientos¹³⁵⁶.

El derecho a la **propia imagen** es un medio de velar por una determinada imagen externa, de preservar nuestra imagen pública sin injerencias. Este derecho está condicionado por la actividad del sujeto, porque las personas con una actividad pública verán más expuesta su imagen. Su contenido esencial se ha establecido por la vía jurisprudencial que define la imagen como “la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción”¹³⁵⁷.

¹³⁵³ Véase STC 197/1991 de 17 octubre, FJ 2.

¹³⁵⁴ Sobre la fenomenología de la intimidad, sus ataques, sujetos transgresores y reacción social; así como la interpretación jurídica de la intimidad ante los tribunales nacionales o internacionales; el derecho a la intimidad y vida privada en el ordenamiento jurídico nacional y comparado, así como su regulación constitucional, puede verse FARIÑAS MATONI, Luís María: *El derecho a la intimidad*, Ed. Trivium S.A. Madrid, 1983.

Sobre la visión del derecho a la intimidad desde el punto de vista anglosajón, puede verse la obra de WARREN, S. y BRANDEIS, L: *El derecho a la intimidad*, Cívitas (1ª ed), Madrid, 1995. *The Right to Privacy* fue publicado por primera vez en 1890 y es un alegato en defensa de la vida privada.

¹³⁵⁵ Artículo 174 ROFAS: “La intimidad personal y familiar de los militares, así como su domicilio y correspondencia, son inviolables. No se pueden intervenir ni interferir sus papeles, comunicaciones o documentos particulares. Cualquier tipo de registro, investigación o intervención deberá ser ordenado por la autoridad judicial o militar con atribuciones para ello”.

¹³⁵⁶ Por ejemplo, la obligación de saludo, aunque su ejecución de adapte a las circunstancias. Véase en Real Decreto 2945/1983 de 9 noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra. Título XII. De las manifestaciones externas de la disciplina. Del Saludo (Artículos 282 al 291). Obligación relacionada con el Artículo 7 LORDFAS: “Son faltas leves: [...] 20. La omisión de saludo a un superior, el no devolverlo a un igual o inferior y el inexacto cumplimiento de las normas que lo regulan”.

¹³⁵⁷ STS de 11 abril de 1987.

Por su evidente proximidad, frecuentemente estos tres derechos podrán verse afectados de forma conjunta y sus posibles vulneraciones procederán del ejercicio de las libertades de expresión e información, por lo que será necesario recurrir a la ponderación de bienes entre los derechos del Artículo 18 CE y 20 CE¹³⁵⁸.

El desarrollo de la **protección de estos derechos** lo efectúa, principalmente, la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen¹³⁵⁹. Sin embargo, la ley no distingue entre ellos y los regula conjuntamente como si fueran uno y, aunque se advierte una cierta *vis atractiva* del derecho al honor sobre los otros, son diferentes como lo es su respectivo contenido esencial. En su Exposición de Motivos considera los derechos recogidos en el Artículo 18 CE que ahora desarrolla, como derechos de la personalidad, derechos fundamentales con sus características inherentes y cuyo respeto constituye un límite al ejercicio de la libertad de expresión. Los límites de la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedarán establecidos “por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. No obstante, contempla el consentimiento expreso, revocable en cualquier momento, para no apreciar la ilegitimidad de una intromisión (Artículo 2).

La Ley Orgánica 1/1982 protege ampliamente el derecho a la propia imagen, ya que basta el uso ilegítimo de la imagen para reputar vulnerado el derecho. En cambio, la protección del derecho a la intimidad es más restrictiva, puesto que no basta la sola intromisión para reputarla ilegítima, ya que se exige además que esta conlleve una difamación o desmerecimiento en la consideración ajena.

A la entrada en vigor de la CE que configura el derecho al honor como derecho fundamental, ya existía una protección al honor mediante tipos penales, lo que había generado la correspondiente producción doctrinal y jurisprudencial,

¹³⁵⁸ STS de 23 de marzo de 1987, Fundamentos de Derecho: “[...] el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, [...] entre los que si bien existen indudables conexiones y acaso en ciertos momentos interferencias, son distintos,...”.

¹³⁵⁹ Un comentario general sobre la Ley Orgánica 1/1982, puede verse en VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Ed. Montecorvo S.A. Madrid, 1984.

que ahora debe coexistir con la producida desde una perspectiva puramente constitucional, por lo que se hace necesario precisar el contenido del derecho al honor desde este punto de vista. El honor se defiende en los órdenes constitucional, penal y civil. En el penal, mediante los tipos calumnia e injuria. En el civil mediante la Ley Orgánica 1/1982 con el inconveniente de que esta no establece un concepto de honor o de intimidad, indefinición que hace recaer sobre el intérprete judicial la responsabilidad de concretar el contenido de estos derechos de la personalidad¹³⁶⁰. Por otra parte, como esta ley orgánica no distingue al civil del militar, será de aplicación general.

La **inviolabilidad del domicilio** se vincula al derecho a la intimidad de las personas. El Tribunal Constitucional ha ampliado el significado del término domicilio respecto al contemplado en el Código Civil, considerando así a las segundas viviendas e incluso vehículos, caravanas y habitaciones de hotel. Además de por la presencia física, este derecho puede vulnerarse mediante aparatos visuales o auditivos.

La Constitución admite la entrada y registro domiciliarios si existe consentimiento del titular o bien por resolución judicial y en caso de delito flagrante, a lo que hay que añadir las situaciones de necesidad urgente en las que es preciso quebrar la inviolabilidad del domicilio para preservar otros bienes protegidos, en particular la vida o integridad de las personas.

También caben los registros o entradas administrativos, como el caso de los embargos o lanzamientos, aunque el alcance de estos no puede dejarse a la discrecionalidad de la Administración sino que deberá precisarse en la resolución judicial correspondiente¹³⁶¹.

El posible peligro específico para la inviolabilidad de domicilio del militar, procede de la circunstancia de que su domicilio esté ubicado en el interior de recintos militares y la relación que puedan tener las actividades desarrolladas en este con la dignidad militar, por ejemplo¹³⁶².

¹³⁶⁰ Véase RIPOLLÉS SERRANO, María Rosa y RIPOLLÉS SERRANO, Elena: "Derecho al honor e intimidad y derecho de información", *Revista de las Cortes Generales* nº.16. Primer cuatrimestre, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1989, pp.182-191.

¹³⁶¹ Véase Sinopsis Artículo 18 CE realizada por Ascensión Elvira Perales, Profesora Titular. Universidad Carlos III. Diciembre 2003. Actualizado por la autora en octubre de 2006. Congreso de los Diputados.

¹³⁶² Así, podrían afectar a la la inviolabilidad del domicilio, la aplicación de preceptos como el Artículo 8 LORDFAS: "Son faltas graves: [...] 24. Mantener relaciones sexuales en

En síntesis, en el ejercicio de derechos como la intimidad o la inviolabilidad del domicilio, surgen distorsiones por la razón objetiva de la existencia de una relación individuo-Administración mas intensa, ya que la vida en recintos militares es un factor mediatizador de la intimidad personal y familiar, lo que exige delimitar con nitidez conceptos como “acto de servicio” y “domicilio”¹³⁶³.

En este sentido, la STC 189/2004 de 2 noviembre resolvía un recurso de amparo interpuesto por la presunta vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por la retirada de prendas y efectos personales de la habitación de una residencia militar sin autorización judicial. El TC afirmó que las habitaciones de las residencias de los militares tienen el carácter de domicilio¹³⁶⁴. La protección constitucional del domicilio se concreta en dos reglas, la “inviolabilidad” y la interdicción de la entrada y el registro domiciliarios de manera que, fuera de los casos de flagrante delito, solo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados si existe consentimiento de su titular o se hacen al amparo de una resolución judicial. Se perfila así un contenido del derecho fundamentalmente negativo, porque ante todo se garantiza la facultad del titular de “excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro” (FJ 3).

En el desalojo del demandante, no hubo resolución judicial que efectuara una ponderación de sus intereses y derechos, por lo que se trató de una actividad de la Administración amparada en el privilegio de la autotutela administrativa; que

acuartelamientos, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar”.

Sobre el carácter y uso de una vivienda militar puede verse STS 22 abril 1991 (Sala Quinta) FD 5: “[...] las viviendas llamadas de «representación» o «servicio», aun estando destinadas directamente a un uso particular -el que es propio de todo hogar familiar- cumplen también una función relacionada con el servicio, [...]”.

¹³⁶³ Porque la especial sujeción en que vive el militar extiende sus efectos a la mera presencia continuada en recinto militar fuera de horas de servicio, con su posible traducción en sanciones disciplinarias. Véase LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 543-548.

¹³⁶⁴ STC 189/2004 de 2 noviembre, FJ 2: “[...] no cabe duda alguna de que las habitaciones de las residencias de los militares en la medida en que sean lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada y efectivamente estén destinadas a tal desarrollo, aunque sea eventual, constituyen el domicilio de quienes las tienen asignadas a los efectos de la protección que les dispensa el art. 18.2 CE”.

FJ 4: “La habitación asignada a una persona en un establecimiento de estas características tiene indudablemente la consideración de domicilio”.

aunque no sea contraria a la Constitución, por ampararse en el principio de eficacia del Artículo 103 CE, no puede sin embargo primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos; porque en sus actos de ejecución, la Administración tiene que respetar los derechos fundamentales de los sujetos a quien se dirige su actuación. Así, en este caso debió recabarse una resolución judicial previa, para penetrar en la habitación (FJ 4).

Respecto a la **posible evolución**, la relatividad o indeterminación del concepto de honor, unida a su rápida evolución por la incidencia de los usos sociales en este asunto, puede hacer que el “honor militar y el de los militares” quede un tanto descolgado en cuanto a la percepción de sus límites y contenido, corriendo el riesgo de alejarse de la realidad social, por lo que es necesario profundizar en el perfil legal y la interpretación jurisprudencial del concepto.

Dadas las características intrínsecas del derecho al honor y su conflictividad con el derecho a la libertad de expresión e información, también cambiantes, será muy difícil alcanzar un concepto del honor que sea constitucionalmente nítido, por lo que habrá que estar a la más reciente doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

6.4. 5. LIBERTAD DE RESIDENCIA Y CIRCULACION.

Artículo 19 CE: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

El contenido del Artículo 19 CE no sufrió variación durante el proceso constituyente, salvo cuestiones gramaticales. En el se reconoce a los españoles la libertad tanto para circular libremente por el territorio nacional como para fijar su lugar de residencia, libertad que se vincula con la prohibición del Artículo 139.2 CE de poner obstáculos a la libre circulación.

La libertad de circulación y de residencia también viene impuesta por la normativa comunitaria y se extiende a todos los ciudadanos comunitarios y a sus familias, de conformidad con las Directivas de desarrollo, sin que los Estados puedan restringir el derecho más que por causa de orden, de seguridad o de salud pública, cuya apreciación corresponde al Estado receptor. Por otra parte, la

libre circulación solo podrá ser limitada o suspendida con motivo de la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio (Artículo 116 CE), cuando así se autorice expresamente, señalando además el alcance de las medidas.

La obligación de residir en el lugar en el que ejercen su cargo los funcionarios públicos se ha visto como posible vulneración de la libertad de elección de residencia. Aunque es un conflicto aparente, puesto que esta circunstancia está entre las obligaciones que se asumen al aceptar el cargo y, en cualquier caso, actualmente existe más flexibilidad en este asunto¹³⁶⁵.

Para Jiménez Villarejo, la libertad de residencia y circulación tiene límites lógicos para los funcionarios públicos así como para los militares profesionales, solo que en el caso de estos, los deberes de presencia y disponibilidad son más exigentes, como se refleja en su tratamiento penal y disciplinario¹³⁶⁶.

El derecho de entrar y salir libremente de España se reconoce de acuerdo con lo establecido en la ley, es decir, que es un derecho de configuración legal que se puede condicionar a la exigencia de unos documentos para poder salir del país (documento de identidad o pasaporte) y a los requisitos exigidos por el país de destino (visado).

En cuanto a la libertad de circulación, el derogado Artículo 175 ROFAS planteaba dificultades por la exigencia de autorización de los superiores para salir al extranjero¹³⁶⁷.

La Orden Ministerial 170/1996 de 15 octubre que regula las notificaciones de salida a otros países del personal militar profesional, revisa y deroga la regulación anterior (OM 3/1986 de 17 enero) en razón de los cambios legislativos

¹³⁶⁵ Véase STC 90/1995 de 9 de junio.

¹³⁶⁶ JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: "Derechos y deberes del militar...", cit. pp. 460-461.

¹³⁶⁷ Artículo 175 ROFAS: "El lugar habitual de residencia del militar será el de su destino. Por circunstancias atendibles podrá autorizarse a fijarlo en otro distinto, con la condición de que pueda cumplir adecuadamente todas sus obligaciones. Dentro del territorio nacional podrá separarse de la localidad de su destino con la limitación que imponga la posibilidad de incorporarse a su unidad en los plazos fijados por el jefe de ella. Para salir al extranjero, además de observar las mismas prescripciones que el resto de los ciudadanos, deberá disponer de autorización de sus superiores. En todos los casos tendrá la obligación de comunicar en su destino el lugar de su domicilio habitual o eventual, con objeto de que pueda ser localizado si las necesidades del servicio lo exigen". Derogado por Ley 39/2007 (LCM).

A Bautista Samaniego, le parecía que establecer para todo militar la autorización superior para salir al extranjero, justificable en las situaciones previstas en el Artículo 116 CE en orden al fin superior de la Defensa Nacional, era desproporcionado en condiciones normales. BAUTISTA SAMANIEGO, J. M.: "Derechos fundamentales y libertades públicas en las Reales Ordenanzas...", cit. p.291.

habidos (en particular la Ley 17/1989 RPMP y Ley 30/1992 de 26 noviembre) y del cambio de circunstancias motivado por la adhesión de España a las Comunidades Europeas y la aplicación del Tratado de Schengen, que elimina controles fronterizos para los ciudadanos europeos; además de la creciente presencia de militares españoles en organismos con sede fuera del territorio nacional. Así, a los efectos del Artículo 175 ROFAS, “se autoriza a todo el personal militar profesional a desplazarse fuera del país donde se encuentre destinado, salvo en casos excepcionales motivados por situaciones de conflicto” (Artículo primero). No obstante, se impone al personal militar en servicio activo, disponible, en reserva, servicios especiales o excedencia voluntaria, la obligación de **notificar** a su Jefe de Unidad o autoridad militar de quien dependa “su intención de viajar a otros países, cuando el motivo del viaje no sea por razón del servicio, al menos con siete días, naturales, de antelación al inicio del desplazamiento” (Artículo cuarto)¹³⁶⁸.

En cualquier caso, las vacaciones o permisos deben solicitarse por conducto reglamentario al Jefe de la Unidad u Organismo, que es competente para concederlos o denegarlos, motivadamente, y tanto para territorio nacional como para el extranjero, se deberá comunicar el lugar o lugares donde se disfrutará¹³⁶⁹.

La clave para las limitaciones a la libertad de circulación y residencia en el ámbito militar, hay que buscarla en el concepto “necesidades del servicio”. Así se refleja en la ley disciplinaria, ya que la ausencia injustificada del destino es constitutiva de falta leve o grave en función del infractor y del tiempo que dure la ausencia (Artículos 7 y 8 LORDFAS). En el Código Penal Militar se tipifica bajo la forma de abandono de destino o residencia (Artículo 119) y desertión (Artículo 120), distinguiéndose en ambos casos si el hecho se produce en tiempo de paz o guerra.

¹³⁶⁸ Este Artículo cuarto contemplaba que la autoridad militar podía denegar la autorización de salida al extranjero “en los casos excepcionales indicados en el artículo primero”, pero la Orden Ministerial 49/1997 de marzo, lo modificó eliminando esta precisión.

¹³⁶⁹ Véase Orden Ministerial 121/2006 de 4 octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas (modificada por Orden Ministerial 107/2007 de 26 julio).

6.4.6. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Artículo 24 CE “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Este Artículo 24 CE recoge el llamado derecho a la jurisdicción o protección judicial de los derechos, que en realidad es una pluralidad de derechos materializados en forma de garantías procesales, que son aplicables en todo tipo de procesos, aunque es en el proceso penal donde la obtención de una tutela efectiva acentúa su importancia, por razón del carácter de los bienes en litigio. El artículo reúne dos supuestos que están estrechamente relacionados porque ambos pretenden asegurar la tutela judicial efectiva. El matiz está en que el Artículo 24.1 establece una garantía previa al proceso, para asegurar que se podrá acceder al mismo y así obtener la tutela judicial, mientras que el Artículo 24.2 se centra más en la obtención de esa tutela judicial mediante el juego de los instrumentos y garantías procesales.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de contenido complejo y carácter prestacional. Esto quiere decir que no es un derecho que se pueda ejercer directamente sobre la base de su redacción en el texto de la Constitución, sino que para ello será preciso emplear los cauces que haya establecido el legislador ordinario, que serán los utilizados por los órganos jurisdiccionales. En definitiva, es un derecho de configuración legal.

Quizás por su complejidad, el Artículo 24 CE es el precepto más invocado ante la jurisdicción ordinaria y es el que genera más recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, por lo que también es el que ha producido más jurisprudencia. Los términos en que está formulado, como la “tutela efectiva” o el “derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley”, contienen el suficiente

margen de ambigüedad para facilitar la subsunción del supuesto del caso en el ámbito de las garantías que contiene este artículo y encontrar base suficiente para esgrimirlo sin excesiva dificultad en un proceso ordinario o en un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Situación que también se reproduce en el ámbito europeo, con los preceptos equivalentes del CEDH (Artículos 6 y 13) y en el TEDH, como después se verá ¹³⁷⁰.

Aunque se haya discutido doctrinalmente su naturaleza, posee el carácter de derecho fundamental, que reviste un marcado carácter instrumental y previo, ya que su función primordial es la de facilitar la defensa de derechos e intereses en un proceso que reúna todas las garantías constitucionalmente exigidas. En cuanto a la titularidad del derecho, según el tenor del precepto alcanza a todas las personas, lo que incluye tanto a las físicas y jurídicas (públicas o privadas) como a los extranjeros, según reiterada jurisprudencia del TC con apoyo interpretativo en la DUDH (Artículo 10), el CEDH (Artículo 6.1) y el PIDCP (Artículo 14).

El derecho fundamental a obtener la **tutela judicial efectiva** de los jueces y tribunales, formulado en sentido genérico por el Artículo 24.1 CE, puede subdividirse en otros derechos específicos, como los que a continuación se relacionan.

- El derecho al libre acceso a la jurisdicción, es decir a ser parte en un proceso, lo que se traduce en la posibilidad de dirigirse al órgano judicial competente, para que sea admitida cualquier tipo de pretensión y sin que el coste económico sea un obstáculo insalvable (Artículo 119 CE).

- El derecho a obtener un fallo de los jueces o tribunales que resuelva la pretensión formulada en el proceso y ponga fin al litigio, es decir, el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de la pretensión que sea motivada, razonable, congruente y fundamentada. Asimismo, el derecho a acceder a los

¹³⁷⁰ Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, véase CÁMARA VILLAR, G.: *Manual de derecho constitucional. Volumen II*. 2007, cit. pp.248-269.

Define el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como “el que tienen todas las personas a obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión” (p.250).

La determinación del contenido normativo de este derecho encierra una dificultad añadida por la misma indeterminación de la expresión “tutela judicial efectiva”, para lo que deberá emplearse la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que precisará su significado. En este sentido puede verse FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos S.A., Madrid, 1990.

recursos que corresponda y la prohibición de la *reformatio in peius* o empeoramiento de la posición de la parte recurrente como consecuencia del recurso. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional subyace que los requisitos formales no pueden impedir injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo, prevaleciendo el derecho a la justicia sobre los formalismos no justificados o desproporcionados¹³⁷¹. No obstante, el TC ha tenido que estrechar sus propios criterios para admitir los recursos de amparo, como consecuencia de una primera visión jurisprudencial más amplia sobre el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, que inundó el TC de recursos contra todo tipo de resoluciones judiciales y sentencias del Tribunal Supremo, de manera que durante un tiempo tuvo que recordar sistemáticamente en sus sentencias, que el TC no es una instancia superior para revisar los fallos del Tribunal Supremo.

- El derecho a que se ejecute el fallo contenido en la sentencia o resolución judicial firme, a que se cumpla la sentencia (Artículo 117.3 y 118 CE).

- La interdicción de la indefensión (imputable al órgano judicial) como cláusula general. Es importante subrayar que, desde el punto de vista constitucional, el concepto de “indefensión” tiene contenido material y no solo formal; porque comprende la actuación de un Tribunal que, de forma ilegítima, priva o limita los medios de defensa perjudicando definitivamente los derechos o intereses de una de las partes¹³⁷². La prohibición de indefensión es un precepto constitucional novedoso, por lo que la jurisprudencia constitucional es la principal fuente para profundizar en su conocimiento¹³⁷³. Realmente es una cláusula de

¹³⁷¹ Véanse entre otras, STC 35/1989 de 14 febrero y STC 43/1989 de 20 febrero.

¹³⁷² STC 40/2002 de 14 febrero, FJ 3: "Este Tribunal viene declarando reiteradamente que, en el contexto del artículo 24.1 CE, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24 CE se requiere [...], que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional".

¹³⁷³ Borrajo Iñiesta, ha señalado el “carácter camaleónico” que posee la prohibición de la indefensión ya que cabe entenderla como un principio general del derecho, pero también como un derecho fundamental inscrito en el derecho a la tutela judicial, a la tutela judicial sin indefensión. Derecho que es crucial para que el conjunto de derechos fundamentales reciban la adecuada tutela de los tribunales. La prohibición de la indefensión “acompaña a todas y cada una de las actividades (e inactividades) de todos y cada uno de los Juzgados y Salas de justicia de España, así como de todas las autoridades públicas [...]. En cada una de estas sedes, tipos de proceso y momentos de su desarrollo, rige una única norma (no debe producirse indefensión), que adquiere

cierre porque, en sentido amplio, la idea de indefensión engloba a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que puedan encuadrarse en el Artículo 24 CE¹³⁷⁴.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se concreta en el Artículo 24.2 CE, bajo la forma de unas **garantías** aplicables a cualquier tipo de proceso, que el propio texto explicita y que se desglosan a continuación.

- “Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley” o derecho al juez natural. Esta exigencia de predeterminación legal se extiende a todos los órdenes jurisdiccionales, de manera que el órgano judicial habrá sido creado por la norma, en unas condiciones y reuniendo unos requisitos que impidan su calificación como órgano judicial excepcional, por lo que se entienden prohibidos los tribunales o jueces de excepción¹³⁷⁵.

- “A la defensa y a la asistencia de letrado”. Las partes pueden elegir su abogado y en su defecto, se les asignará uno de oficio. La asistencia letrada es esencial para evitar la indefensión y persigue asegurar los principios de contradicción e igualdad entre las partes aunque, en algunos casos previstos por las leyes de procedimiento, será posible que una parte no esté asistida por letrado, por permitirse el llamado derecho a la autodefensa.

tantos significados como contextos en los que impera y, en especial, tantos significados como problemas se plantean”. Borrajo Iniesta desglosa la interdicción de la indefensión desde distintas perspectivas. Así, la interdicción de la indefensión como componente de un derecho fundamental, impone límites al legislador y al juez; puede aplicarse *intra legem* o *praeter legem* o apreciarse dentro de procesos concretos o fuera de ellos. Finalmente reflexiona sobre los medios para combatir la indefensión, en especial la nulidad de actuaciones o las posibilidades que presenta la indemnización. Véase BORRAJO INIESTA, Ignacio: “El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº. 10, mayo-agosto 2000, INAP.

¹³⁷⁴ STC 48/1984 de 4 abril, FJ 1: En el art. 24 de nuestra Constitución ocupa un lugar central y extraordinariamente significativo la idea de «indefensión». La interdicción de la indefensión, que el precepto establece, constituye *prima facie* una especie de cláusula o fórmula de cierre. [...]. La idea de indefensión [...] engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 24. Existe, sin embargo, un concepto más estricto de indefensión de orden jurídico-constitucional, que la jurisprudencia de este Tribunal ha ido poco a poco perfilando. El concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la Constitución permite y obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. Ocurre así, porque como acertadamente ha sido dicho, la idea de indefensión no puede limitarse, restrictivamente, al ámbito de los que pueden plantearse en los litigios concretos, sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las Leyes reguladoras de los procesos”.

¹³⁷⁵ STC 199/1987 de 16 diciembre, FJ 6: “La Constitución prohíbe Jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas”. Véase también STC 62/1990 de 30 marzo y STEDH de 22 febrero 1996, (caso *Bulut*).

- “A ser informados de la acusación formulada contra ellos”. El derecho a ser informado de la acusación es esencial para que el acusado pueda preparar su defensa. Comprende el derecho a conocer los hechos que se le imputan y su calificación jurídica. El principio acusatorio es un presupuesto del derecho a ser informado de la acusación, porque ningún Juez penal puede juzgar sin previa acusación formulada por aquel que posea la legitimación activa para hacerlo.

- “A un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías”. Este derecho está directamente relacionado con el Artículo 120.1 CE, que impone la publicidad de las actuaciones judiciales, porque la publicidad siempre es una garantía para el acusado, al contrario que los juicios secretos. Además, el proceso debe evitar las dilaciones indebidas, expresión esta que configura un concepto jurídico indeterminado, que deberán precisar los tribunales¹³⁷⁶.

- “A utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. La fase probatoria normalmente es crucial en el procedimiento, porque en ella los letrados argumentarán en apoyo de su pretensión buscando convencer al juez o tribunal, que velarán por el buen desarrollo de esta fase; lo que incluye la legalidad, pertinencia y utilidad de pruebas, que deben encaminarse a esclarecer los hechos objeto de litigio.

- “A no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables”. Es una sola garantía, ya que lo segundo es una precisión de lo primero. Tiene carácter instrumental, como manifestación del derecho de defensa, que solo es ejercitable en el ámbito sancionador, en su vertiente penal o administrativa.

- “A la presunción de inocencia”. La presunción de inocencia “ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial, para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y

¹³⁷⁶ “En una variada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los criterios específicos que en cada caso concreto han de aplicarse para determinar si ha habido o no dilación indebida son los siguientes: 1. Las circunstancias del proceso; 2. La complejidad objetiva del mismo; 3. La duración de otros procesos similares; 4. La actitud procesal del recurrente; 5. El interés que en el litigio arriesga este; 6. La actitud de los órganos judiciales; y 7. Los medios de que disponen estos. Estos siete criterios se han extraído del contraste entre las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional: 36/1984, 5/1985, 152/1987, 223/1988, 28/1989, 50/1989, 81/1989, 224/1991, 215/1992, 69/1993, 179/1993, 197/1993, 313/1993, 8/1994, 35/1994, 324/1994, 144/1995, 10/1997”. Véase en Sinopsis del Artículo 24 CE realizada por David Ortega Gutiérrez. Profesor Titular. Universidad Rey Juan Carlos. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.

que es de aplicación inmediata"¹³⁷⁷. Es una presunción *iuris tantum*, lo que significa que toda persona es inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad y por tanto admite prueba en contrario. Lo importante es que la carga de la prueba es de quien acusa, que tiene que demostrar la culpabilidad, porque el acusado no tiene que demostrar su inocencia; asimismo, toda sentencia debe ir precedida y ser consecuencia de una actividad probatoria. La presunción de inocencia se basa en el principio de libre valoración de la prueba, que es competencia de jueces y tribunales (Artículo 117.3 CE) y en que los medios de prueba utilizados en el juicio oral sean válidos, lícitamente obtenidos y permitiendo la defensa del acusado¹³⁷⁸.

- A no declarar sobre hechos presuntamente delictivos, en determinados casos. Se trata de una excepción al deber general de colaborar con la justicia (Artículo 118 CE) con un doble fundamento, el parentesco y el secreto profesional. El primero eximirá de declarar contra un familiar y el segundo es un derecho que ampara el ejercicio de determinadas profesiones o está ligado a cierta condición personal (abogados, médicos o sacerdotes). Este precepto del Artículo 24.2 CE *in fine* contiene una habilitación al legislador para que regule esta materia, respetando los términos y las limitaciones que el constituyente establece en el mismo artículo.

El derecho a las **garantías** procesales explicitadas en el Artículo 24.2 CE, está referido especialmente al orden penal. Es en este punto de las garantías del proceso, donde se advierte un área de interés para el objeto de este estudio sobre el estatuto del militar, por cuanto el TC en reiterada jurisprudencia ha determinado que los principios inspiradores del proceso penal, del que son inequívocamente parte estas garantías procesales, serán de aplicación al procedimiento administrativo sancionador, inclusive el disciplinario militar, aunque se admitan

¹³⁷⁷ STC 31/1981 de 28 julio, FJ 2: "Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, tal como ha precisado este Tribunal en reiteradas Sentencias. En este sentido la presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo y al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha presunción de carácter *iuris tantum* ha quedado desvirtuada".

¹³⁷⁸ STC 124/2001 de 4 junio, FJ 9: "[...] en definitiva, nuestra doctrina está construida sobre la base de que el acusado llega al juicio como inocente y solo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones".

algunos matices, dado que al fin ambos procedimientos (penal y administrativo) son manifestaciones punitivas del Estado. Esto implica que la Administración no puede sancionar libremente, pues estará limitada en el procedimiento seguido para materializar su acción punitiva, y el administrado defendido, en correspondencia, por las garantías procesales contenidas en el Artículo 24 CE¹³⁷⁹.

En el caso del ámbito disciplinario militar, este marco general resulta modulado por la presencia de valores específicos como la disciplina o la relación jerárquica, que constituyen elementos básicos para el funcionamiento de las Fuerzas Armadas de cara al eficaz cumplimiento de sus misiones constitucionalmente marcadas y que pueden resultar menoscabados por la aplicación estricta e inconsiderada de las garantías procesales mencionadas. En este entendimiento, al ratificar el CEDH, España consignó su reserva sobre la aplicación de los Artículos 5 y 6 CEDH en la medida en que fueran incompatibles con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Esto no significa que el régimen disciplinario sancionador en las Fuerzas Armadas esté huérfano de garantías, como un acotado al margen del sistema constitucional, tanto mas tratándose de sanciones que afecten a la libertad; lo que ocurre es que presentará ciertas modulaciones o adaptaciones necesarias para la preservación de esos valores específicos y basilares de la Institución, que solo se comprenden en este entorno. Por ejemplo, la inmediatez y rapidez con que ha de

¹³⁷⁹ STC 18/1981 de 8 junio, FJ 2: "...ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo [...], hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. [...]. Las consideraciones expuestas en relación al ordenamiento punitivo, y la interpretación finalista de la Norma Fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional.

FJ 3: "...que tales valores no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme. Por el contrario, la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculcado tenga oportunidad de aportar y

aplicarse la sanción de arresto, porque de no hacerlo así pierde gran parte de su potencial para corregir conductas indeseadas y perniciosas para el servicio, como es su carácter admonitorio o de ejemplaridad. No obstante, conviene advertir contra el exceso, porque la exigencia de preservar la disciplina, no puede ceder ante el derecho a la tutela judicial efectiva¹³⁸⁰.

En la tradición jurídica española los militares han tenido vedado el acceso a los recursos jurisdiccionales, cuando no fuertemente restringido, que era sustituido por el recurso “ante Nos en representación de su agravio”, propio de un sistema estamental en que el referente de justicia era el monarca¹³⁸¹.

Esta situación cambió radicalmente con la vigente Constitución, que ha configurado este derecho como fundamental, por lo que tanto la jurisdicción ordinaria como la constitucional deben amparar su ejercicio, lo que inevitablemente alcanza a la jurisdicción militar¹³⁸². El Artículo 106.1 CE asigna a los Tribunales el control de la actividad administrativa, que debe estar justificada por los fines que persigue y plenamente sometida a la ley y al Derecho (Artículo 103 CE). Sobre la base del principio de unidad jurisdiccional y para el ámbito estrictamente castrense, se creó la figura procesal específica del “recurso contencioso-disciplinario militar”.

Pese a esta base general de aceptación de la posibilidad de recurso de los actos de la Administración en vía jurisdiccional, en el caso de las sanciones disciplinarias no es una cuestión pacífica. La ley disciplinaria militar de 1985 excluyó a las faltas leves de la posibilidad de ser recurridas por la vía

proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga”. Véase también STC 125/1983 de 26 diciembre, FJ 3.

¹³⁸⁰ STC 24/1999 de 8 marzo, FJ 4: “En ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los Ejércitos y la tutela judicial de quienes forman en sus filas”.

¹³⁸¹ La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 septiembre 1888 (Gaceta de Madrid nº. 258 de 14 septiembre 1888), excluía del conocimiento de los tribunales de lo contencioso-administrativo las resoluciones del Consejo Supremo de Guerra y Marina y de las Asambleas de las Ordenes Militares, así como las Reales Órdenes relativas a ascensos, recompensas y postergaciones impuestas reglamentariamente (Artículo 4). Exclusiones que pasaron a la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 26 diciembre 1956.

¹³⁸² STC 235/1998 de 14 diciembre FJ 5: ““En esta misma línea declaramos en la STC 113/1995 que la jurisdicción militar, más allá de sus peculiaridades, ha de ser «jurisdicción», es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva. En este sentido, la Constitución exige «una regulación legal de la jurisdicción militar que sea acorde con los principios constitucionales, de modo que el resultado querido o permitido por la norma fundamental es la de unos órganos que, adaptados a los principios de la Constitución, en su estrecho ámbito competencial, prestan la tutela judicial efectiva

contencioso-disciplinaria; disfunción que fue corregida parcialmente por la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar (LOPM), que abrió la vía del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario para el caso de que el derecho fundamental afectado fuese la libertad, es decir para los arrestos, pero manteniendo el bloqueo para el resto de los supuestos de faltas leves además de otros ajenos al ámbito disciplinario¹³⁸³. La vigente ley disciplinaria (LORDFAS), mantiene con carácter general la posibilidad de recurso jurisdiccional para las sanciones disciplinarias extraordinarias o por falta grave, pero en el caso de las faltas leves solo prevé el acceso al recurso especial contencioso-disciplinario militar, cuando la sanción afecte a los derechos fundamentales, pero silencia los demás casos. Se crea así un vacío en la esfera de la generalidad del control jurisdiccional sobre la actividad de la Administración pública, que carece de una explicación convincente de base constitucional, aunque sí pueden adivinarse razones prácticas como la levedad de las sanciones o la necesidad de simplificar el ejercicio de la potestad sancionadora, de manera que no le reste la prontitud y

sin indefensión y con todas las garantías a que se refiere el art. 24 de la Constitución» (STC 113/1995)».

¹³⁸³ Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar. Artículo 468: "No se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de:

A) Los actos que sean reproducción de otros anteriores que tengan carácter de definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

B) Los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

C) La resolución de separación del servicio como consecuencia de sentencia firme por delito de rebelión, cuando se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años por cualquier delito o pena de inhabilitación absoluta como principal o accesoria".

Como consecuencia del recurso de amparo promovido por un Guardia Civil que fue separado del servicio y al que se le aplicó este Artículo 468, C (STC 18/1994 de 20 enero), el Tribunal Constitucional se planteó la autocuestión de inconstitucionalidad de este tercer apartado, de la que finalmente resultó la inconstitucionalidad del precepto (STC 31/2000 de 3 febrero), apoyándose en el juego de los Artículos 24.1, 53.2 y 106.1 CE. Véase mas adelante el comentario a la STC 31/2000 de 3 febrero.

STC 24/1999 de 8 marzo, FJ 4: "La extensión de los derechos fundamentales a todos como inherentes a la personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «relación de sujeción especial» propia de ciertos grupos de ciudadanos solo sean admisibles cuando resulten estrictamente indispensables y solo hasta ese límite, para el cumplimiento de la función que impone aquella situación especial. El cometido que a la potestad disciplinaria le esté asignado en el ámbito castrense y que puede aconsejar una mayor intensidad o contundencia, no debe sin embargo debilitar las garantías procesales, porque en ningún caso ellas desvirtúan su eficacia y aun su ejemplaridad por un eventual enjuiciamiento a posteriori. En ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los ejércitos y la tutela judicial de quienes forman en sus filas. La jurisdicción militar, sin perder las características que le son inherentes y la justifican constitucionalmente, ha de ser ante todo «jurisdicción», y, como tal, una manifestación de la función a la cual constitucionalmente se confía aquella tutela".

eficacia que con ello se pretende¹³⁸⁴. No obstante, probablemente habrá que hacer un esfuerzo legislativo por llenar este vacío, entre otras razones porque la jurisprudencia constitucional apunta en la línea del pleno control jurisdiccional sobre la acción administrativa, en el que no cabe hacer distinciones entre administración civil o militar, ni entre ciudadanos comunes o militares, cualesquiera que sea su relación con la administración¹³⁸⁵.

No obstante, en algunos sistemas del **ámbito comparado** pervive la exclusión del control jurisdiccional respecto de los derechos e intereses de los militares¹³⁸⁶. En Francia, el régimen disciplinario de los militares plantea, respecto al régimen de los funcionarios civiles, la distinción entre “puniciones” y “sanciones estatutarias”. Las *sanctions statutaires* son semejantes a las aplicables a los funcionarios públicos civiles y se centran en aspectos administrativos de la carrera. Ambos tipos de sanciones pueden impugnarse por vía administrativa y siguiendo el conducto reglamentario en paridad con los funcionarios civiles. En cambio, las *punitions* son específicas de la condición militar y pueden acarrear restricciones de libertad y, a diferencia de las anteriores, no pueden ser objeto de recurso jurisdiccional, por considerarse que las “puniciones” son medidas internas, como manifestación de las exigencias de la disciplina militar no susceptibles de recurso o control jurisdiccional. Es decir, que en el ámbito disciplinario militar francés, los recursos terminan en el Ministro y no cabe recurrir los arrestos en vía judicial. En los Estados Unidos de América, el régimen disciplinario militar presenta como notas distintivas su carácter multinormativo y pluriforme; característica que, aunque pueda presentar ventajas prácticas en el sentido de favorecer su aplicación más conforme con la realidad social, también puede rozar con ciertos principios o parámetros constitucionales¹³⁸⁷.

¹³⁸⁴ Véase RODRÍGUEZ DE PATERNA GIMÉNEZ DE CÓRDOBA, Miguel: “El procedimiento oral por faltas leves: justificación de su singularidad y aplicabilidad de las garantías constitucionales”, en García Lozano, Carlos (Director), *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Estudios de Derecho Judicial 112, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 357-366.

¹³⁸⁵ En este sentido, Peñarrubia, recogiendo alguna otra opinión de la doctrina, apunta que posiblemente fuera práctico crear un recurso en la vía contencioso-disciplinaria militar, cuya tramitación fuese ágil, en plazos breves y ante órganos jurisdiccionales como los Jueces Togados. Véase PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. p. 324.

¹³⁸⁶ Véase PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 312-317.

¹³⁸⁷ En ese ámbito disciplinario se distinguen tres tipos ilícitos: las faltas sancionables en vía penal (Consejo de Guerra) o administrativa (directamente por el Mando). Otras de menor entidad y de carácter administrativo pero cuyas medidas de corrección no implican lesión patrimonial o coerción

A continuación se reseña alguna **jurisprudencia** significativa por su relación con la tutela judicial efectiva en el ámbito militar.

En la STC **21/1981** de 15 junio, declaraba el TC que las faltas graves y sus correcciones forman parte del régimen disciplinario militar, cuya singularidad reconoce la Constitución Española, de cuyo Artículo 25.3 se deriva *a sensu contrario* que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad; lo que junto a la previsión del Artículo 17.1 CE, permite la existencia de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad, remitiendo a la ley para fijar los supuestos. Decía también el TC que, en el ámbito militar, mediando los valores primordiales de disciplina y subordinación jerárquica, el procedimiento no puede quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, puesto que en su naturaleza está la prontitud en la reacción frente a las infracciones de la disciplina. Así, se pone de manifiesto la importancia de separar de manera clara los ámbitos disciplinario y penal militares, porque está en juego el disponer o no de un procedimiento con las debidas garantías. Esto justifica la preocupación doctrinal y legislativa por restringir el campo de la acción disciplinaria a sus justos límites, bien reduciendo los supuestos, bien limitando el tipo de sanciones, bien exigiendo un procedimiento en que se observen las normales garantías procesales para determinadas sanciones.

También es cierto que el TEDH reconoce a los Estados un cierto margen de apreciación en su competencia para organizar su sistema de disciplina militar. Para el TC, el Artículo 24.2 CE no era de aplicación inmediata al régimen disciplinario, ya que está orientado hacia el proceso judicial penal y tampoco era de aplicación como derecho interno el Artículo 6 CEDH, dada la reserva de

física sobre el infractor. Otras basadas en conductas, hábitos o actitudes que, por considerarse incompatibles con la condición militar acarrear la separación del servicio en las Fuerzas Armadas.

“Nos hallamos, en definitiva, ante un Derecho en el que, con independencia de la protección penal otorgada a la «disciplina» frente a los ataques de mayor gravedad, como son los delitos de insubordinación, de insulto a superior, etc.; lo disciplinario es administrativo y penal a la vez, y cuyo deslinde descansa no tanto en rígidos criterios formalistas basados en la sede topográfica de sus normas como en criterios utilitaristas de oportunidad o beneficio al buen orden y la disciplina; brindándose amplias facultades para la reconducción de los hechos al ámbito del ilícito administrativo o penal —ilícito «disciplinario», en todo caso— a aquellos destinados a ser los protagonistas de su aplicación: el Jefe militar y sus subordinados”. Véase en su totalidad DE LORENZO PONCE DE LEON, Rodrigo: “La ambigua naturaleza de lo disciplinario en el derecho militar de los Estados Unidos de América”, *Revista Española de Derecho Militar* nº. 82, julio-diciembre 2003, pp. 149 -194.

aplicación formulada por España. No obstante, una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar ha de incorporar el sistema de valores de alcance universal que esta incorpora, por lo que, en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, se ha de respetar el contenido básico del derecho a la defensa, a semejanza con el ámbito penal, en el procedimiento disciplinario que se siga, que no debe limitarse a una mera formalidad que produzca indefensión.

La preservación de la eficacia de la acción disciplinaria militar, si bien puede justificar alguna limitación de las garantías procesales, no impide que posteriormente pueda ejercitarse el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales reconocido en el Artículo 24.1 CE. Es más, la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, es necesaria para que la acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional¹³⁸⁸.

El Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado en varias sentencias sobre el derecho a un proceso justo y a los recursos judiciales, sobre el alcance y aplicación del Artículo 6.1 CEDH en el ámbito militar, sentencias que generalmente se esgrimen como argumento para fundamentar las demandas de amparo ante el TC por supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva¹³⁸⁹.

En la STEDH de 28 octubre 1998 (**caso Castillo Algar**), el TEDH estudió la imparcialidad del Tribunal que enjuició al recurrente, según el sentido del Artículo 6.1 del Convenio, dado que dos miembros del Tribunal habían sido parte anteriormente de la Sala que resolvió la apelación frente al auto de procesamiento¹³⁹⁰. Sin cuestionar la validez de la organización de la jurisdicción

¹³⁸⁸ En esta STC 21/1981 de 15 junio, se resolvía el recurso de amparo promovido por el Capitán D. José Luís Pitarch Bartolomé, que había sido sancionado como autor de una falta grave, por acumulación de faltas leves, según el entonces vigente el Código de Justicia Militar (1945). Estimaba el demandante que se habían vulnerado sus derechos a la defensa y a la asistencia letrada contenidos en el Artículo 24 CE, entre otros, el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

¹³⁸⁹ Artículo 6.1 CEDH: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...".

¹³⁹⁰ Centrado en el punto de vista procesal, véase ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 'Castillo Algar', de 28 de octubre de 1998", *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 76, julio-diciembre 2000, pp. 153-170.

militar en España, ni prejuzgar la imparcialidad de los miembros del Tribunal, el TEDH sienta una doctrina aplicable tanto a la jurisdicción civil como a la militar y que en síntesis consiste en declarar que, en asuntos de justicia, hasta las apariencias son importantes, puesto que el sistema tiene que inspirar confianza también a los procesados¹³⁹¹. En esta sentencia, el TEDH distinguía matices en el concepto de imparcialidad, en sentido objetivo y en sentido subjetivo. Según el primero, habría que preguntarse si, con independencia de la actuación personal del juez, se puede sospechar de su imparcialidad sobre la base de hechos verificables, por lo que las apariencias pueden revestir importancia. En sentido subjetivo, hay que presumir la imparcialidad de los magistrados, salvo prueba en contrario. El TEDH apreció que, en este caso y dadas sus circunstancias, podrían suscitarse serias dudas sobre la imparcialidad del Tribunal sentenciador, por lo que los temores del demandante a este respecto podían considerarse justificados objetivamente¹³⁹².

La sentencia estableció que la declaración de la violación del Artículo 6.1 CEDH constituía por sí misma una satisfacción equitativa y suficiente para resarcir el daño moral alegado, asimismo condenaba al Estado español a pagar una suma en concepto de costas y gastos procesales, al tiempo que rechazaba otras pretensiones del recurrente¹³⁹³.

¹³⁹¹ En cambio, el TEDH sí ha cuestionado las *Courts martials* del derecho militar anglosajón, al considerar que sus actuaciones no responden a las condiciones de independencia e imparcialidad que fija el Artículo 6.1 CEDH y así lo ha mantenido en varias sentencias (STDH de 25 febrero 1997, asunto Findlay contra Reino Unido; STDH de 24 septiembre 1997, asunto Coyne contra Reino Unido; STDH de 18 febrero 1999, asunto Hood contra Reino Unido; STDH de 29 septiembre 1999, asunto Smith y Ford contra Reino Unido).

¹³⁹² Posteriormente, en su Resolución de 2 marzo 2000 (caso Garrido Guerrero) en la que el TEDH inadmite la demanda presentada, el Tribunal de Estrasburgo se separó de la STEDH comentada (Castillo Algar) en cuanto a considerar que los temores expresados por el demandante sobre la imparcialidad de los jueces no estaban objetivamente justificados y matizó que la simple realización de algunos actos de instrucción, no justificaban por este solo hecho que se dudara sobre la imparcialidad de los jueces. Véase PEÑARRUBIA IZA, J.M.: "La doctrina del Tribunal Europeo...", cit. pp.14-21.

¹³⁹³ No obstante, el recurrente interpuso demanda de amparo (23 de noviembre de 1998), impugnando de nuevo las Sentencias del Tribunal Central Militar y de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, con apoyo en doctrina sentada en la STC 245/1991 de 16 de diciembre (caso Bultó), alegando que el recurso de amparo es la vía adecuada para la ejecución de las Sentencias del TEDH cuando no existan otros cauces legales para ello. La demanda fue inadmitida, porque para el TC no cabía sino dar por ejecutada la STEDH. El 14 de febrero de 2000 presentó un nuevo recurso de amparo contra la STS de 27 enero 2000 que había desestimado su recurso de revisión, alegando vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías, en su vertiente de derecho a un Tribunal imparcial, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, así como vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, incluso

En la STC **313/2005** de 12 diciembre (caso Perote Pellón), el recurrente en amparo alegaba, entre otras, la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, frente al Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que denegó la nulidad de actuaciones de la causa militar en la que había sido condenado, por delito de revelación de informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional.

El recurrente había formulado demanda de amparo internacional ante el TEDH en la que alegó, entre otros motivos, que su causa no había sido examinada por un Tribunal independiente e imparcial, porque dos jueces (el presidente y el ponente) de la Sala del Tribunal Militar Central que examinó el fondo del asunto y le condenó, habían participado en la resolución que rechazó el recurso de apelación contra el auto de procesamiento, como también participaron en la resolución que prorrogó la prisión preventiva del demandante y en la que rechazó el recurso de súplica contra esta decisión. El TEDH dictó Sentencia de 25 de julio de 2002, en la que resolvió por unanimidad que había habido violación del Artículo 6.1 del Convenio y estimó la lesión del citado artículo por falta de imparcialidad objetiva en el Tribunal de primera instancia¹³⁹⁴. La imparcialidad de la sala sentenciadora podía suscitar serias dudas porque tanto su presidente como su juez-ponente habían intervenido en numerosos actos de instrucción, por lo que se estimó que los temores del demandante sobre la imparcialidad del juzgador podía estar objetivamente justificados¹³⁹⁵.

vulneración del derecho a la propia imagen del Letrado del recurrente. Esta demanda de amparo fue inadmitida por ATC 96/2001 de 24 abril.

¹³⁹⁴ Entre otras razones, debido a que si bien los miembros del tribunal tuvieron cuidado en insistir en el carácter provisional del auto de procesamiento, [...] los términos empleados por los miembros del tribunal que decidió sobre la apelación del auto de procesamiento, el cual comprendía, en particular, a R.G., [...], y que apreció la necesidad de mantener al demandante en prisión [...], podían fácilmente llevar a pensar que existían indicios suficientes para concluir que se había cometido un delito. El Tribunal señala, además, que R.G. y R.V. intervinieron varias veces en el seno del tribunal y dictaron resoluciones desfavorables para los intereses del demandante". También señalaba el TEDH que R.G. y R.V. participaron en la sala del tribunal militar que prorrogó la prisión provisional del demandante y que una sala del Tribunal Militar Central, constituida por estos dos jueces, entre otros, reconoció al demandante culpable y le condenó a una pena de siete años de prisión.

¹³⁹⁵ En esta STC 313/2005, se refiere el TC a su STC 245/1991, de 16 de diciembre (caso Barberà, Messegué y Jabardo), cuyas declaraciones estima todavía vigentes, en ella se estimó un recurso de amparo basado en la primera Sentencia dictada por el TEDH en la que se declaró la violación del Artículo 6.1 CEDH en relación con un proceso penal celebrado en España. Declaró el TC que las STDH carecen de eficacia ejecutiva, pues "las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio" (FJ 2). También se afirmó que "el Convenio ni ha introducido en el orden

En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, al que se refería el recurrente en su demanda de amparo, el TC no admitió el motivo de impugnación (derecho al juez imparcial), que era idéntico al del caso Castillo Algar¹³⁹⁶.

En las demandas de amparo ante el TC, es frecuente observar que junto a la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, se plantea también la vulneración del derecho constitucional de igualdad en la ley reconocido en el Artículo 14 CE. Así, en la STC **119/2004** de 12 de julio, la demanda de amparo se planteó contra varias resoluciones judiciales que desestimaron la solicitud del demandante para personarse como acusador particular en una causa por delito de abuso de autoridad. Se apoyaba ampliamente en la doctrina sentada en las SSTC 115/2001 y 157/2001, que marcaron un cambio en la jurisprudencia constitucional que establecía que para preservar la unidad y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas, como bien constitucionalmente protegido, era legítimo que el legislador prohibiera el enfrentamiento procesal como acusador y acusado entre militares vinculados jerárquicamente, cuando el litigio se desarrollara ante la jurisdicción militar. El TC otorgó el amparo remitiéndose a la doctrina sentada en las dos sentencias citadas, al tiempo que consideraba innecesario hacer uso de la facultad prevista en el Artículo 55.2 LOTC, dado que las SSTC 115/2001 y 157/2001 ya habían elevado al Pleno del TC la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el Artículo 108.2 LOCOJM y el Artículo 127.1 LOPM, acerca del inciso “excepto

jurídico interno una instancia superior supranacional [...], ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal” (FJ 2).

Véase también STEDH de 28 de octubre de 1998, Castillo Algar contra España.

¹³⁹⁶ STC 313/2005 de 12 diciembre 2005, FJ 3 b: “Como ya hemos afirmado, este motivo de impugnación es prácticamente idéntico al caso Castillo Algar, que fue inadmitido por el Pleno de este Tribunal mediante el Auto 96/2001, de 24 de abril. En esa ocasión el recurrente también pretendía [...] la nulidad de las resoluciones judiciales firmes que le condenaron como autor de un delito contra la hacienda pública en el ámbito militar con base en la Sentencia del Tribunal Europeo de 28 de octubre de 1998, que declaró la violación del art. 6.1 CEDH en relación con el derecho al juez imparcial en su vertiente objetiva. En ese caso este Tribunal concluyó que la respuesta judicial obtenida satisfacía plenamente el contenido esencial del derecho a la tutela judicial (FJ 3), y lo mismo hemos de decir ahora, [...], tras el atento examen del Auto cuya nulidad pretende el demandante, pues es una resolución que respeta nuestra jurisprudencia sobre el grado de motivación exigible a las resoluciones judiciales al no ser arbitraria, manifiestamente irrazonable ni estar incurso en un error patente. El motivo ha de ser, por tanto, desestimado y, con ello, el presente recurso de amparo”.

cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación”¹³⁹⁷.

Posteriormente, en su STC **179/2004** de 21 octubre, el TC declaró inconstitucionales los preceptos de las leyes penales y procesales militares que afectaban el derecho a la tutela judicial efectiva sobre la base de la preexistencia de una relación jerárquica entre las partes¹³⁹⁸. Entendía el TC que

“... si bien es cierto que el derecho a intervenir como acusación particular en el proceso es un derecho de estricta configuración legal,[...] una vez reconocido por el legislador el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares, este derecho se configura como un *ius ut procedatur*, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción. Y de este modo la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso solo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante”¹³⁹⁹.

En la STC **31/2000** de 3 febrero, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Pleno del TC en relación con el Artículo 468 c) de la Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, Procesal Militar¹⁴⁰⁰, por vulneración del derecho de acceso a la justicia, del principio de control judicial de la actividad administrativa y de la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional; dada la exclusión del recurso contencioso-disciplinario militar, de la separación del servicio como consecuencia de sentencia firme por delito de rebelión. Para declarar la inconstitucionalidad y nulidad del Artículo 468 c) LOPM, el TC consideró que la aplicación de este precepto equivale a excluir del control jurisdiccional sanciones que no son una consecuencia automática ni obligada de

¹³⁹⁷ Las SSTC 115/2001 y 157/2001 ya se han comentado al tratar el derecho fundamental de igualdad ante la ley.

¹³⁹⁸ STC 179/2004 de 21 octubre 2004, FJ 11: El TC concluyó que “la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, así como de la acción civil derivada de delito o falta, en el ámbito del proceso militar, cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación, contenida en el art. 108.2 LOJM y en el art. 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar y en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los institutos armados de naturaleza militar, ni resulta proporcionada a la pretendida finalidad de preservar la disciplina militar, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley reconocido por el art. 14 CE y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción”.

¹³⁹⁹ STC 179/2004 de 21 octubre 2004, FJ 8.

¹⁴⁰⁰ Artículo 468 LOPM: “No se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de: [...] c) La resolución de separación del servicio como consecuencia de sentencia firme por delito de rebelión, cuando se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años por cualquier delito o pena de inhabilitación absoluta como principal o accesoria”.

la condena penal, sino que resultan de disposiciones sancionadoras contenidas en la ley disciplinaria militar y que esta exclusión del control judicial de actos administrativos que añaden una sanción a la impuesta en una resolución judicial firme, es claramente contraria al Artículo 24.1 CE (STC 18/1994 de 20 enero). El TC reiteró su doctrina (STC 21/1981 de 15 junio) argumentando que si bien la preservación de la disciplina puede justificar alguna limitación de las garantías procesales, esta preservación no queda desvirtuada con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el Artículo 24.1 CE (FJ 4).

En la **STC 202/2002** de 28 octubre, el demandante alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) por la inadmisión de una demanda contencioso-disciplinaria militar contra una sanción por falta leve (llevar un corte de pelo no reglamentario).

Se planteaba en la demanda que la inadmisión del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario, interpuesto por el demandante contra una sanción por falta leve, lesionó su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (acceso al proceso) toda vez que, al no poderse impugnar por el cauce ordinario las sanciones por faltas leves, no es posible impugnarlas por motivos de legalidad ordinaria y solo queda ceñirse a los casos de vulneración de derechos fundamentales, mediante el procedimiento preferente y sumario del Artículo 518 LOPM. Salvado este caso, la actividad sancionadora carece de todo control judicial, lo que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Los órganos judiciales militares justificaban la inadmisión del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario en que contra las sanciones por falta leve está excluido ese recurso (FFJJ 1 y 2).

El TC consideró que lo que en realidad planteaba el demandante era la inconstitucionalidad del Artículo 468 b) LOPM, que es el marco para la impugnación de las sanciones por faltas leves (FJ 4)¹⁴⁰¹.

¹⁴⁰¹ Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar (LOPM).

Artículo 453 LOPM: "El procedimiento contencioso-disciplinario militar regulado en el presente libro constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar. El procedimiento contencioso-administrativo militar ordinario, que se regula en los títulos II al IV, ambos inclusive, de este libro, es aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el artículo 61 de la ley orgánica de régimen disciplinario de las fuerzas armadas. Contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales

Reiteraba el TC su doctrina al recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el Artículo 24.1 CE “prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos”; prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art. 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación administrativa”. En síntesis, la situación es que las sanciones impuestas por faltas leves no pueden ser impugnadas ante la jurisdicción militar por medio del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, excepto por el cauce preferente y sumario, por lo que la actividad sancionadora en materia de faltas leves estará exenta de control judicial salvo en el caso indicado. Esta imposibilidad de que el sancionado por falta leve pueda acudir a los Tribunales para que estos enjuicien la actuación administrativa, impuesta por el Artículo 103.1 CE, considera el TC que colisiona con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el Artículo 24.1 CE y, eventualmente, con el Artículo 106.1 CE (FJ 5).

El TC reconduce el concepto de disciplina militar estimando que, aun siendo consustancial con la organización de los ejércitos para el cumplimiento de sus misiones constitucionales, lo que podría justificar ciertas restricciones al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, “esto no implica que tal ordenación pueda escapar a los principios constitucionales, tal como viene expresa y terminantemente impuesto por el art. 8.2 CE” (FJ 6).

Dado que las decisiones adoptadas en el caso venían determinadas por el tenor literal de los preceptos legales de aplicación, en virtud del Artículo 55.2 LOTC el TC consideró procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del Artículo 468, apartado b) y del art. 453.2 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, en el inciso “por falta grave” (FJ 7)¹⁴⁰².

señalados en el artículo 53.2 de la constitución, podrá interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario que se regula en el título V de este libro”.

Artículo 468 LOPM: “No se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de: [...] b) los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario...”.

¹⁴⁰² Artículo 453 LOPM: “El procedimiento contencioso-disciplinario militar regulado en el presente libro constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar. El procedimiento contencioso-administrativo militar ordinario, que se regula en los Títulos II al IV, ambos inclusive, de este libro, es aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición

Hay algunos casos relacionados con la competencia de la jurisdicción militar, como la STC **18/2000** de 31 enero, en la que el demandante en amparo alegaba la vulneración de sus derechos al juez imparcial y a un proceso sin dilaciones indebidas y supuesta vulneración del derecho al juez legal, discutiendo la competencia de la jurisdicción castrense sobre un militar que ha solicitado su retiro para dedicarse a actividades políticas. Se denegó el amparo suscribiendo, entre otros, el argumento de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que, en la sentencia de casación, consideró como criterio delimitador que “lo relevante para fijar el orden jurisdiccional competente, [...] lo verdaderamente determinante, [...], era la condición que ostentaba el recurrente en el concreto momento de producirse el hecho pretendidamente delictivo,...”(FJ 4).

En resumen, el TC desmonta el concepto de disciplina militar tal y como estaba recogido en las leyes penales y procesales militares, como en cierto modo perteneciente a un ámbito de autotutela fuera del alcance de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos. Esto es un indicio más de que ciertos conceptos jurídicos indeterminados, como disciplina u honor, se recogieron en las ROFAS desde una consideración en todo caso preconstitucional, por lo que el transcurso del tiempo ha ido evidenciando su falta de sintonía con la visión de estos conceptos desde un punto de vista estrictamente constitucional, que se va puliendo a golpe de sentencia. Al fin, parece clara la necesidad de replanteárselos nuevamente.

En el ATC **81/2003** de 10 de marzo, el TC respaldaba la actuación del Tribunal Militar Central y de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, al tiempo que consolidaba su propia doctrina, al reiterar que el mero hecho de tener acceso a las actuaciones sumarias para decidir sobre una cuestión de competencia, no implica contaminación de la imparcialidad para decidir¹⁴⁰³.

de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el Artículo 61 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el Artículo 53.2 de la Constitución, podrá interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario que se regula en le Título V de este Libro”.

¹⁴⁰³ En este ATC 81/2003 de 10 de marzo, el TC desestimó el recurso de amparo contra Sentencia de 3 de junio 2002 del Tribunal Supremo (Sala Quinta), desestimatoria de recurso de casación contra otra sentencia del Tribunal Militar Central por la que se condenaba al recurrente por un delito contra la Hacienda militar; rechazando el TC el empleo de la recusación del juzgador como subterfugio o artimaña procedimental.

La **evolución** es favorable a la tutela judicial efectiva para el militar, ya que si la legislación específica presenta ciertos obstáculos para esto, en particular para el caso de las sanciones disciplinarias, bajo la capa de la preservación de la disciplina, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en las decisiones del TEDH, va reconduciendo las medidas procesales restrictivas a sus justos términos sobre la base de una interpretación estrictamente constitucional de los principios que rigen el funcionamiento de las Fuerzas Armadas.

6.5. LAS LEYES PENAL Y DISCIPLINARIA Y EL PRINCIPIO *non bis in ídem*.

El principio *non bis in ídem* significa la prohibición de aplicar doble sanción (penal y administrativa) cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

FJ 3: "... interesa subrayar que [...] (el mero contacto con el material instructorio de quien luego ha de pronunciarse sobre la inocencia o culpabilidad del acusado) no es, por sí solo y sin más, determinante en modo alguno para concluir la parcialidad de un juzgador. Así lo hemos señalado reiteradamente, como apunta el Ministerio Fiscal y como hemos sintetizado en el FJ 14.a) de la STC 69/2001, de 17 de marzo, en los siguientes términos: «Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 145/1988, de 12 de julio; 11/1989, de 24 de enero; 151/1991, de 8 de julio; 113/1992, de 14 de septiembre; 119/1993, de 19 de abril; 299/1994, de 14 de noviembre; 60/1995, de 16 de marzo; 142/1997, de 15 de septiembre, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; y SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber; de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt; 16 de diciembre de 1992, caso Saint-Marie; de 24 de febrero de 1993, caso Fey; de 26 de febrero de 1993, caso Padovani; de 22 de abril de 1994, caso Saraiva de Carvalho; de 22 de febrero de 1996, caso Bulut; de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin y otros; y de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar)». En el caso que nos ocupa ninguna contaminación puede entenderse producida cuando el objeto del Auto en que intervino el Vocal Togado recusado era única y exclusivamente determinar la jurisdicción que debía entender de los hechos realizados por el encausado, y a ello se limitó *strictu sensu* aquel, sin mostrar en ningún momento nota o elemento que pudiera permitir atisbar un prejuicio en relación con el posterior proceso y la decisión del mismo".

Puede verse un comentario sobre este ATC 81/2003 en *Revista Española de Derecho Militar* nº. 82, julio-diciembre 2003.

En el periodo anterior a la Constitución no había norma al respecto y el principio resultaba vulnerado en la legislación¹⁴⁰⁴. Mas tarde, se contempló en el Anteproyecto para incluirlo entre las garantías jurídicas del Artículo 9.3 CE y posteriormente en el Artículo 25.1 CE junto al principio de legalidad penal, pero en el curso de los debates desapareció del texto definitivo, de manera que la vigente Constitución no lo recoge explícitamente¹⁴⁰⁵.

El Tribunal Constitucional entiende que el principio *non bis in ídem* figura entre los principios de orden sustantivo del derecho penal y que está implícitamente incluido en el principio de legalidad del Artículo 25.1 CE.

No obstante, existen opiniones doctrinales divididas en cuanto al reconocimiento de este principio, entre los que estiman que está implícito en el Artículo 25.1 CE, los que no aprecian esta implicación y los radicalmente opuestos a esa posible independencia sancionadora de la Administración que supondría el reconocimiento del *bis in ídem*¹⁴⁰⁶. Pero lo cierto es que la jurisprudencia reconoció el principio como consecuencia forzosa de los de legalidad y tipicidad establecidos en el Artículo 25 CE¹⁴⁰⁷. Según esta doctrina jurisprudencial es admisible el *bis in ídem* (penal y disciplinario), es decir, que no rige el principio *non bis in ídem* en el ámbito de las relaciones de sujeción especial¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁴ Aunque ya en enero de 1977 se modificó la Ley de Orden Publico en el sentido de respetarlo.

¹⁴⁰⁵ Pese a no materializarse en el texto final, la cuestión de la potestad sancionadora de la Administración suscitó la atención de los constituyentes. Véase Diario de Sesiones nº.67, de 16 mayo 1978, p.286.

¹⁴⁰⁶ Unos consideran que el principio *non bis in ídem* no existe en nuestro ordenamiento constitucional, por lo que no se plantea problema alguno de compatibilidad entre la esfera penal y administrativa sancionadora, ni de coexistencia de diferentes bienes jurídicos protegidos, por lo que es posible su inaplicación (Mozo Seoane). Otro sector presenta serias reticencias a justificar excepciones incluso en el caso de relaciones de sujeción especial (García de Enterría, García Macho). Como posibles soluciones se han apuntado la habilitación legal a la Administración, para no considerar implícitas las excepciones a la aplicación del principio (Barcelona Llop) o reconducir la cuestión a la teoría del concurso de normas (Nieto). Véase en ALLI TURRILLAS, J. C.: *La profesión militar. Análisis jurídico...*, cit. pp. 397-398.

¹⁴⁰⁷ En ese sentido se pronunció el TC en STC 2/1981 de 30 enero, doctrina que reiteró en sentencias posteriores, entre las últimas la STC 334/2005 de 20 diciembre.

¹⁴⁰⁸ STC 2/1981 de 30 enero, FJ 4: "El principio general del derecho conocido por *non bis in ídem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones - administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc....- que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración".

Opinión que suscribe Rojas Caro apoyándose en la distinción entre bienes jurídicos. Considera que si bien no es lógico que se castigue un solo hecho como dos infracciones, sí en cambio es posible sancionar a un militar cuando los hechos imputados lesionan distintos bienes jurídicos. A

De los tres elementos que configuran el principio (sujeto, hecho y fundamento), el punto de conflicto suele estar en el fundamento. La doctrina del TC sobre el principio *non bis in ídem* ha ido evolucionando, algunos de cuyos **hitos jurisprudenciales** se revisan a continuación.

En la STC **2/1981** de 30 enero se fija el concepto y se admite su **posible inaplicación** en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, de modo que se admite al menos una excepción de aplicación para el caso de los sujetos a este tipo de relaciones; inaplicación que se justifica en la no coincidencia de fundamento, es decir en la diversidad de bienes jurídicos tutelados aún cuando coincidan los otros dos elementos (sujeto y hecho)¹⁴⁰⁹.

La diferenciación de bienes se apoya en la idea de que el derecho disciplinario de los funcionarios no tiene por objeto exclusivo el restablecimiento del orden social quebrantado, como puede prevalecer en el derecho penal, sino que presenta una finalidad restauradora del prestigio o dignidad de la Administración, de claro significado ético¹⁴¹⁰. Esta diferencia de fines, además de otras cuestiones como la rapidez y ejemplaridad con que deben resolverse y aplicarse las sanciones administrativas, explicaría la inaplicación del principio *non bis in ídem* en ciertos casos.

Así, en el ámbito militar, la aceptación o negación de la vigencia del principio *non bis in ídem*, tendría que ver con el concepto de derecho disciplinario que se adopte, que Rojas Caro define de manera sincrética como

“...aquel *corpus* normativo que contiene unos principios y normas de conducta –en buena parte de contenido ético– cuya violación puede ocasionar sanciones y cuya observancia, en circunstancias meritorias, puede dar lugar a premios y recompensas, conteniendo también las normas que legitiman las autoridades que pueden imponer sanciones y

su juicio, el legislador debió establecer como regla única en esta materia la contenida en el Artículo 4 LORDFAS1985. ROJAS CARO, J.: *Derecho disciplinario militar*, cit. pp. 87-88.

¹⁴⁰⁹ Sobre cómo entender la coincidencia de hechos también ha habido interpretaciones. En síntesis, los hechos son los hechos y no puede haber apreciaciones diferentes según el órgano que los enjuicia o el procedimiento seguido. STC 77/1983 de 3 octubre FJ 4: “El principio *non bis in ídem* [...] conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”.

¹⁴¹⁰ Véase STC 112/90, 159/85, 77/1983 además de STC 2/1981. También SSTS de 6 mayo 1988 o de 29 diciembre 1987.

otorgar recompensas, el procedimiento para unos y otros y los recursos, así como la regulación de los tribunales de honor”¹⁴¹¹.

De manera que el derecho disciplinario sería algo más que un derecho sancionador, que solo es una parte del todo, junto con materias tales como las relativas a recompensas. Premio y sanción, recompensa y castigo, son el haz y el envés que configuran el derecho disciplinario, puesto que son los instrumentos de que dispone el que ejerce el mando para conseguir la eficacia del servicio en beneficio de los fines cuyo cumplimiento tiene encomendado¹⁴¹².

No obstante, para evitar atajos simplistas, el Alto Tribunal dejó sentado que las relaciones de sujeción especial no justifican por sí mismas la doble sanción, es decir, la inaplicación del *non bis in ídem*; por lo que se aprecia una tendencia a extender el principio sin excepciones o al menos que las excepciones no estén basadas en la mera existencia de una relación de sujeción especial¹⁴¹³.

¹⁴¹¹ ROJAS CARO, J.: *Derecho disciplinario militar*, cit. p.64.

¹⁴¹² Esta idea está presente en las Reales Ordenanzas, que son regla moral de la Institución militar. Artículo 105 ROFAS: “Tanto en paz como en guerra, premiara a sus subordinados en justa proporción a los meritos, trabajos, servicios o acciones distinguidas, cuando aprecie una falta la corregirá, y si procede reprenderá al que la haya cometido, imponiéndole, en su caso, la sanción que corresponda”.

Y desde luego también lo está en la vigente ley disciplinaria Artículo 1 LORDFAS: “El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas tiene por objeto garantizar la observancia de la Constitución, de las Reales Ordenanzas y demás normas que rigen la Institución Militar, el cumplimiento de las órdenes del mando y el respeto al orden jerárquico, con independencia de la protección penal que a todo ello corresponda y del ejercicio de las potestades disciplinarias judiciales”.

Véase también la STC 77/1983 de 3 octubre FJ 2: “ No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones [...], entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, [...] de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y [...] de una mayor inmediatez de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3º, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos”.

¹⁴¹³ Véase STC 234/1991 de 10 diciembre, FJ 2: “La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque esta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990). Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable,

En síntesis, en este hito el TC considera que es de aplicación general el principio del *non bis in ídem*, excepto en el caso de las RdSE. Pero esta afirmación en principio un tanto tajante, se fue suavizando desde la postura inicial de no explicar qué es una RdSE sino constatar su existencia, a otra posterior en la que ya parece entrar en los entresijos del concepto RdSE.

Otro hito, marcado por la **flexibilidad en la aplicación**, se advierte en la STC **152/2001** de 2 de julio en la que se establece que, aunque el principio *non bis in ídem* signifique que no se ha de sufrir una doble sanción por una misma conducta y la jurisdicción penal sea prevalente, esta prevalencia no puede ser tan absoluta que, constatada la sanción previa en la vía administrativa, los mismos hechos estén blindados ante la sanción penal. Porque en el caso de que las incoaciones del expediente administrativo y del proceso penal fueran simultáneas, tan pronto el demandante de amparo tuviera conocimiento de esto, debería de haber impugnado la imposición de las sanciones administrativas, en vez de silenciar esta circunstancia para obtener beneficio reclamando posteriormente la aplicación del principio *non bis in ídem*. Lo que el TC exige es buena fe en el comportamiento procesal y que el demandante cumpla los requisitos establecidos en el Artículo 44.1 c) LOTC y en particular, el deber de diligencia en la invocación formal en el proceso del derecho fundamental que se considere vulnerado¹⁴¹⁴.

En síntesis, en este hito, si bien el TC mantiene la aplicación general del principio *non bis in ídem*, advierte que su aplicación rígida puede facilitar artimañas procesales que desvirtúen la finalidad de tal principio, deviniendo así en un resultado injusto y, desde luego, alejado del propósito que persiguen los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos.

Mas recientemente, en la STC **2/2003** de 16 de enero, el Tribunal Constitucional se aparta de su doctrina precedente para establecer que “el núcleo

además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección”.

¹⁴¹⁴ Véase también STC177/1999 de 11 octubre, en la que el TC mantiene inequívocamente la aplicación del principio *non bis in ídem*, siempre que concurren las identidades de sujeto, hechos y fundamento. Lo entiende como un derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva. Advierte además, que la dimensión procesal del principio cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material, de manera que la aplicación del principio “no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual constitucionalmente legitimados para el ejercicio del

esencial de la garantía material del *non bis in ídem* reside en **impedir el exceso punitivo** en cuanto sanción no prevista legalmente¹⁴¹⁵. Consideró el TC que aunque no se aprecie diferencia entre la infracción administrativa y el delito, no podía considerarse infringido el principio *non bis in ídem* ya que la sanción administrativa no fue desproporcionada y se compensaron sus efectos negativos (se descontó la multa y la duración de la privación del carné de conducir), concluyendo que no hubo *bis in ídem*, ya que lo que el Artículo 25.1 CE proscribía, desde una perspectiva material, es el exceso punitivo. Entendía el TC que no cabía apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente inadmisibles, aun partiendo de la imposición de una doble sanción en la que exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, si en la resolución sancionadora penal se solucionan o neutralizan los efectos negativos de la resolución sancionadora previa (computando tiempo de arresto como cumplimiento, anulando la falta, etc), ya que con esto se evita que concurra una sanción desproporcionada, al menos en lo material¹⁴¹⁶.

En el ámbito de la jurisdicción militar, lo que el TC pretende evitar es la apertura de un procedimiento que, tanto en atención a sus características como a las de la posible sanción, pueda equipararse a un proceso penal. Por lo que cabe entender la no aplicación del principio *non bis in ídem* en los casos en que concurren delito y falta leve, pero sí en los de delito y falta grave¹⁴¹⁷.

derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable (FJ3)".

¹⁴¹⁵ Doctrina que mantiene posteriormente, véase STC 334/2005 de 20 diciembre, FJ 2.

¹⁴¹⁶ STC 2/2003 de 16 de enero FJ 6: "Desde la perspectiva material del derecho fundamental garantizado en el art. 25.1 CE, el núcleo esencial de la garantía en él contenida reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente [...] En el caso no puede afirmarse que se hayan impuesto dos sanciones al recurrente, una en vía administrativa y otra en vía penal, pues materialmente solo se le ha impuesto una sanción [...] Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el «doble reproche afflictivo», sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto".

¹⁴¹⁷ Recurso de amparo promovido respecto a Sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y del Tribunal Territorial Militar Cuarto (condena por delito de desobediencia). STC 334/2005 de 20 diciembre, FJ 2: "...de tal modo que, cuando la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impidan equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso

Obsérvese que el TC ya no habla de impedir la “desproporcionada reacción punitiva” como núcleo del principio, mas bien carga las tintas al establecer que su núcleo esencial es “impedir el exceso punitivo” y para preservar este núcleo esencial sigue utilizando una óptica material y muy práctica; desde la que es posible acumular efectos (cumplimiento, descontar importe de multa, etc) procedentes de una sanción administrativa que, al final, desaparece consumida por la sanción penal.

El principio *non bis in ídem* ha tenido expresión en la derogada Ley Orgánica 12/1985 de 27 noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y en la Ley Orgánica 13/1985 de 9 diciembre, Código Penal Militar¹⁴¹⁸. De los preceptos de ambas leyes disciplinaria y penal se deducía que:

- Es posible el doble enjuiciamiento (penal y disciplinario) y la doble sanción, aunque con preferencia del proceso penal sobre el procedimiento disciplinario, que estará condicionado por los hechos que aquel declare probados. En este caso, no se aplicaba el principio *non bis in ídem* (Artículo 4 LORDFAS1985).
- Si del procedimiento seguido por falta grave se deduce la posible existencia de delito, “se cursará” este a la autoridad judicial. En este caso se aplicaba el principio *non bis in ídem* (Artículo 42 LORDFAS1985).

penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador”.

¹⁴¹⁸ Artículo 4 LORDFAS1985: “La iniciación de un procedimiento judicial no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente solo podrá producirse cuando la sentencia recaída en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculara a la administración, fuese firme”.

Capítulo III. Procedimientos en faltas graves. Artículo 42 LORDFAS1985: “Recibido el procedimiento [...] Si los hechos revistieran caracteres de infracción penal, cursara el procedimiento a la autoridad judicial a quien corresponda ordenar las medidas que en derecho procedan”.

Capítulo III. Procedimientos en faltas graves. Artículo 44 LORDFAS1985: “Dentro de los quince días, contados desde la imposición de una sanción por falta leve, la autoridad disciplinaria ordenara, si a su juicio los hechos sancionados pudieran ser constitutivos de una falta grave, la apertura del procedimiento previsto en el presente capítulo, o dará parte a la autoridad competente para ello.

Si el sancionado hubiere interpuesto recurso contra la sanción por falta leve, este se acumulara al nuevo procedimiento. Este procedimiento deberá concluir, bien confirmando la sanción impuesta, bien dejándola sin efecto, bien apreciando la existencia de una falta grave, en cuyo caso se decretara la nulidad de la sanción anterior, imponiéndose la sanción disciplinaria que corresponda a la falta apreciada, y abonándose, si ello fuera posible, la sanción ya cumplida”.

Artículo 27 CPM: “Para el cumplimiento de condena se abonará el tiempo de prisión preventiva rigurosa o atenuada, haciéndose también extensivo el abono al tiempo de detención y al de arresto disciplinario, si se hubiesen sufrido por los mismos hechos”.

- Al sancionado por falta leve, también se le puede abrir procedimiento por falta grave, por los mismos hechos y a juicio de la autoridad disciplinaria. El procedimiento puede acabar confirmando la sanción por falta leve o dejándola sin efecto, en ambos casos se aplica el principio *non bis in ídem*. Pero también puede terminar con la apreciación de falta grave, en cuyo caso se anula la sanción por falta leve y se abona el tiempo cumplido (por motivo de la falta leve) al correctivo impuesto en razón de la grave, si esto es posible, por lo que se aplica el principio *non bis in ídem* en forma atenuada¹⁴¹⁹.
- Para el cumplimiento de la condena, también será de abono el tiempo de arresto disciplinario que se haya sufrido por los mismos hechos. También se aplica el principio *non bis in ídem* en forma atenuada, por motivos semejantes al caso anterior (Artículo 27 CPM). Sin embargo, este criterio no se aplica cuando el delito precede a la falta. Es decir, que si se castiga primero la falta, el tiempo de arresto cumplido será de abono para la pena impuesta por delito (Artículo 27 CPM), pero si primero se castiga la infracción penal y luego, por los mismos hechos, se sanciona por falta, no habría tal abono (Artículo 4 LORDFAS1985).

En la vigente Ley Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se recoge el principio *non bis in ídem* con más claridad, aunque en líneas generales se mantiene vigente la situación descrita en los puntos anteriores¹⁴²⁰. Ciñe la excepción, la doble sanción por los mismos hechos, únicamente al caso en que los bienes protegidos sean distintos. Supedita la resolución definitiva del expediente disciplinario a la firmeza de la resolución que ponga fin al procedimiento penal. Además hace una precisión sobre el cómputo para la prescripción con la finalidad de evitar que, resuelto el

¹⁴¹⁹ Según la expresión de Rojas Caro, porque si bien se permite abrir un procedimiento por falta grave, se anula la falta leve anterior y se abona el tiempo, aunque como también indica este autor, este abono no es siempre posible porque las sanciones pueden no ser homogéneas. ROJAS CARO, J.: *Derecho disciplinario militar*, cit. p.85.

¹⁴²⁰ Artículo 4 LORDFAS1998: “La iniciación de un procedimiento penal no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente solo podrá producirse cuando fuese firme la dictada en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración. Solo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de bien jurídico protegido. El tiempo transcurrido desde el inicio de un procedimiento penal hasta la

procedimiento penal, no sea posible sancionar en vía disciplinaria por haber prescrito la falta.

Se percibe la preocupación del legislador por preservar la inmediatez de la sanción disciplinaria y, desde luego, por evitar que esta resulte imposible por tardía en razón de los plazos propios del procedimiento penal. Por esto, en los procedimientos por falta grave, si el instructor conociera de la existencia de un procedimiento penal abierto sobre los mismos hechos, puede solicitar del órgano jurisdiccional información sobre esas actuaciones judiciales; lo que significa un notable reforzamiento de los poderes del instructor administrativo que, por otra parte, puede comunicar a la autoridad ordenante que la falta que aprecia es de otra naturaleza a la inicial o de mayor gravedad o que es calificable de delito¹⁴²¹.

En resumen, hay excepciones a la aplicación del principio *non bis in ídem* en el ámbito de la jurisdicción militar y en la vigente ley disciplinaria se aprecia una mayor consolidación del concepto respecto a la anterior, en línea con la jurisprudencia constitucional, lo que aumenta la certeza jurídica y en consecuencia, las garantías del justiciable.

6.6. LOS CONSEJOS ASESORES DE PERSONAL. ¿UN PALIATIVO ESTATUTARIO?.

comunicación a la autoridad disciplinaria de su resolución firme no se computará para la prescripción de la infracción disciplinaria”.

¹⁴²¹ (Desarrollo del procedimiento) Artículo 60 LORDFAS1998: “1. Si en cualquier fase del procedimiento el Instructor deduce la inexistencia de responsabilidad disciplinaria, propondrá la terminación del expediente sin declaración de responsabilidad, expresando las causas que la motivan. 2. En cualquier momento del procedimiento en que se aprecie que la presunta infracción disciplinaria pudiera ser calificada como infracción administrativa de otra naturaleza o como infracción penal, se pondrá en conocimiento de la autoridad que hubiese ordenado su incoación. 3. Se procederá por el Instructor de igual modo cuando estime que los hechos pudieran ser constitutivos de una infracción de mayor gravedad que la apreciada inicialmente. 4. El Instructor, cuando tenga conocimiento de la tramitación de un procedimiento penal sobre los mismos hechos, solicitará del correspondiente órgano jurisdiccional comunicación acerca de las actuaciones judiciales”.

(Terminación del procedimiento) Artículo 61 LORDFAS1998: “[...] 2. Si los hechos pudieran ser calificados como infracción administrativa o infracción penal, lo comunicará a la autoridad administrativa o judicial competente o al Fiscal Jurídico Militar. 3. Si los hechos pudieran ser constitutivos de una infracción disciplinaria de mayor gravedad ordenará la incoación del procedimiento correspondiente”.

En el contexto de la profesionalización de las Fuerzas Armadas, era preciso habilitar procedimientos ágiles de comunicación entre el conjunto de los militares y el Mando, en materias relativas al régimen profesional¹⁴²². En esta línea se encuadra la aparición de los Consejos Asesores de Personal, cuya finalidad general es vehicular las inquietudes y propuestas que los militares profesionales puedan formular sobre el régimen de personal y la condición de militar.

La Ley 17/1999 los presentaba como medio para abrir “nuevos cauces para la presentación de propuestas o sugerencias”, aunque lo haga inmediatamente después y a renglón seguido de manifestar que el régimen de derechos de los militares profesionales, que son titulares de los derechos y libertades establecidos en la Constitución, “está adecuadamente regulado en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas”¹⁴²³. No obstante, solo dedica el Artículo 151 LRPFAS¹⁴²⁴ a los Consejos, optando el legislador por el desarrollo reglamentario de su organización, materializado en el Real Decreto 258/2002 de 8 marzo

¹⁴²² Peñarrubia considera que “la consolidación del sistema democrático y la sucesiva e inexorable evolución de la legislación que regula y reconoce los derechos al personal militar” han obligado a plantearse algún sistema de participación y de representación para estas personas. Véase en PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 429-433.

¹⁴²³ Exposición de motivos Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas: “Dicho régimen de derechos se considera que está adecuadamente regulado en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, marco legal refrendado por la Ley Orgánica de criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar. No obstante, en este campo se abren nuevos cauces para la presentación de propuestas o sugerencias mediante la creación de Consejos Asesores de Personal en el ámbito de cada Ejército, que contarán con componentes de los diversos Cuerpos, Escalas y categorías”.

Ese “no obstante” suena a como si el legislador fuera consciente de la insuficiencia del sistema y para suplir esas carencias que advierte, pretende poner un parche. De hecho incluye los Consejos dentro del Título XII “Derechos y deberes de los militares profesionales”.

¹⁴²⁴ Artículo 151 LRPFAS. Consejos Asesores de Personal:

“1. En el ámbito del Mando o Jefatura de Personal de cada Ejército existirá un Consejo Asesor en materia de personal para analizar y valorar las propuestas o sugerencias planteadas por los militares profesionales referidas al régimen de personal y a la condición de militar. En el ámbito de la Dirección General de Personal de la Subsecretaría de Defensa existirá un Consejo Asesor, formado por personal de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

2. El militar profesional podrá dirigirse directamente al Consejo Asesor de Personal de su Ejército respectivo, para plantear las propuestas a las que se refiere el apartado anterior. Quedan excluidas de esta vía las peticiones, quejas y recursos regulados en el capítulo V de este Título.

3. Reglamentariamente se determinarán la composición y el procedimiento de elección de los miembros de los citados Consejos Asesores, teniendo en cuenta que deberán formar parte de cada uno militares en servicio activo de todas las categorías, Cuerpos y Escalas del respectivo Ejército o del conjunto de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

4. Para tratar asuntos de general aplicación al personal de las Fuerzas Armadas se podrá convocar en una reunión conjunta, de la forma que reglamentariamente se determine, a una representación de los Consejos Asesores de Personal de los Ejércitos y de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas”.

(RDCAPFAS), por el que se regulan los Consejos Asesores de Personal de las Fuerzas Armadas¹⁴²⁵.

Sucesivas disposiciones de rango inferior han ido perfilando el sistema de los Consejos Asesores de Personal¹⁴²⁶.

Se abre así una vía para facilitar la presentación de propuestas o sugerencias ante un órgano que no forma parte de la estructura jerárquica, al que todos los militares profesionales pueden dirigirse directamente sin sujeción a conducto reglamentario, aunque los Consejos no solo pueden actuar a instancia de parte sino también por propia iniciativa (Artículo 15.3 RDCAPFAS).

Habrán **cuatro Consejos** Asesores de Personal, del Ejército de Tierra, de la Armada, del Ejército del Aire y de los Cuerpos Comunes. Son órganos colegiados instrumentales para la participación de los miembros de las Fuerzas Armadas en la gestión de su régimen de personal; sus funciones son asesoras y consultivas, es decir, su participación se ciñe a la colaboración para analizar y valorar propuestas y sugerencias. En ningún caso serán órganos de representación colectiva (Artículo 2.2 RDCAPFAS), por lo que se les exime de dependencia jerárquica o mandato imperativo alguno. No obstante, pese a esta declaración de independencia, los Consejos forman parte de la estructura administrativa del Ministerio de Defensa, que atiende sus necesidades de funcionamiento y sufraga los gastos; ya que la infraestructura para el desarrollo de la actividad del Consejo

¹⁴²⁵ Véase en su totalidad el Dossier "Consejos Asesores de Personal" publicado en la *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, número 718, noviembre 2002, Ministerio de Defensa, pp.897-918.

¹⁴²⁶ Entre otras:

- Orden Ministerial número 219/2002, de 13 de septiembre, por la que se dictan Normas para la composición, constitución y funcionamiento de los Consejos Asesores de Personal de las Fuerzas Armadas (BOD nº. 203 de 18 octubre 2002).
- Instrucción número 237/2002, de 13 de noviembre, del Subsecretario de Defensa, por la que se establecen criterios generales aplicables en el sorteo para la elección de los miembros de los Consejos Asesores de Personal de las Fuerzas Armadas (BOD nº. 225 de 18 noviembre 2002).
- Resolución 431/17647/02, del Subsecretario de Defensa, por la que se hace pública la fecha y el procedimiento para desarrollar las operaciones del Primer Sorteo para la Elección del Presidente y Vocales del Consejo Asesor de Personal de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas (BOD nº. 230 de 25 noviembre 2002).
- Resolución 631/18246/02, del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada, por la que se hace pública la fecha y el procedimiento para desarrollar las operaciones del primer sorteo para la elección del Presidente y Vocales del Consejo Asesor de Personal de la Armada (BOD nº.237 de 4 diciembre 2002).
- Instrucción núm. 199/2004, de 2 de noviembre, del Subsecretario de Defensa por la que se determina la estructura y contenido de la memoria anual de los Consejos Asesores de Personal de las Fuerzas Armadas (BOD nº. 226 de 18 noviembre 2004).

Asesor es responsabilidad de la autoridad a la que esté adscrito, que debe proporcionarle los medios materiales necesarios para ello.

Se han **configurado** como grupos plurales que reflejen la composición de las Fuerzas Armadas, pero sin que sean "centros de liderazgo" depositarios de la confianza de los militares o representantes de corrientes o tendencias corporativas. La composición de los cuatro Consejos es paritaria por categorías, en el caso de los tres consejos de los ejércitos, y por escalas en el caso del Consejo Asesor de los Cuerpos Comunes. Los de cada ejército se componen de un presidente (oficial general) y treinta vocales titulares (diez oficiales, diez suboficiales y diez de tropa), todos ellos en situación de servicio activo. El número de vocales se puede aumentar hasta treinta y tres, si fuera necesario, para garantizar la presencia de ambos sexos. El Consejo Asesor de Personal de los Cuerpos Comunes tiene una organización distinta y esta compuesto por un presidente y catorce vocales.

La transversalidad de la política de igualdad de género está presente en la paridad de su composición, lo que incluye asegurar la presencia de al menos un miembro de cada sexo por cada categoría de oficiales, suboficiales y tropa, con el propósito de lograr la máxima eficacia en su función asesora. Con ella se persigue reflejar la realidad de la composición de las Fuerzas Armadas y que sus componentes actúen como conocedores de esa realidad, teniendo presente que los consejos son órganos de participación, no de representación de voluntad alguna de determinado Cuerpo o escala.

El descarte del sistema de votación para nombrar los componentes es una decisión dirigida a preservar la cohesión interna y el deber de neutralidad política y sindical, que pudieran verse afectados de haber optado por este sistema en lugar del sorteo. Por esto, se estimó más adecuado el procedimiento del sorteo para designar a los vocales que, además, ya está experimentado en cuanto a la participación de los militares en los órganos de la administración de justicia (vocales en los Consejos de Guerra)¹⁴²⁷. En cambio, los miembros del Consejo Asesor de la Guardia Civil son elegidos, no sorteados.

¹⁴²⁷ Sobre las decisiones legislativas acerca de los Consejos Asesores planea la experiencia histórica de las Juntas de Defensa que, en su última versión como Comisiones Informativas, fueron disueltas por Real Decreto de 13 noviembre 1922 que prohibió a los militares "formar parte de asociaciones u organismos que tengan finalidades relacionadas con el servicio de las Armas".

El sistema de sorteo se emplea también en Francia para nutrir los Consejos de la Función Militar similares a los Consejos Asesores de Personal.

Para participar en el sorteo para el nombramiento de vocales es necesario estar en activo y llevar un tiempo mínimo de permanencia efectiva. Se excluyen los que están próximos a dejar el servicio activo, los que poseen anotaciones desfavorables en su hoja de servicios, los que no estarán disponibles por razón del destino o cargo ocupado (extranjero), o ciertos cursos que impliquen baja en el destino; circunstancias todas que se agrupan en un catálogo de causas de ineligibilidad y de cese temporal o definitivo (Artículo 11. 4 RDCAPFAS). Además, los militares profesionales pueden solicitar la exclusión del sorteo, petición que surtirá efecto siempre que quede al menos el triple de personas elegibles para el número de puestos a cubrir (Artículo 10 RDCAPFAS). La duración del cargo es de cuatro años, para los de servicio permanente, y dos para los de servicio temporal (Artículo 14 RDCAPFAS). El Consejo se releva escalonadamente, por mitades cada dos años y cuenta con una Secretaría Permanente, como órgano auxiliar para la gestión administrativa (Artículo 15 RDCAPFAS)¹⁴²⁸.

El Real Decreto 258/2002 contiene también las reglas imprescindibles para el funcionamiento de los Consejos Asesores (Artículo 17 RDCAPFAS). También se incluyen reglas básicas para la convocatoria, asistencia y funcionamiento de la reunión conjunta de los Consejos Asesores para tratar asuntos de aplicación general al personal de las Fuerzas Armadas (Artículo 19 RDCAPFAS).

Las decisiones se toman por mayoría absoluta, pudiendo formularse votos particulares (Artículo 16 RDCAPFAS).

Su **ámbito de actuación** comprende casi todas las materias tratadas en la LRPFAS, con exclusión de las relativas a la atribución de competencias que se contempla en el Título I de la Ley 17/1999 LRPFAS y en el capítulo III de la Ley 26/1999, de 26 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica; así como las relacionadas con la estructura, organización y operatividad de las Fuerzas Armadas y con la aportación suplementaria de recursos humanos. También están

Sobre el particular véase GARCÍA LABAJO, Juan M: "Fundamento de los Consejos Asesores de Personal", *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, número 718, noviembre 2002, Ministerio de Defensa, pp.900-902.

¹⁴²⁸ Véase IGLESIAS DE PAUL, Eduardo: "Organización de los Consejos Asesores de Personal", *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, número 718, noviembre 2002, Ministerio de Defensa, pp.904-907.

excluidas del conocimiento de los Consejos, las peticiones, quejas y recursos regulados en el capítulo V Título XII de la Ley 17/1999, así como las propuestas o sugerencias mediante las que se pretenda la revisión de actos o resoluciones administrativas adoptadas por las autoridades en materia de su competencia (Artículo 3 RDCAPFAS).

Las materias de su competencia no solo comprenden el régimen de personal en sentido estricto sino lo referente a la *condición* de militar "que hace referencia a los principios característicos de la organización militar, a las reglas morales de actuación que la rigen y al sometimiento a unas leyes penales y disciplinarias genuinas"¹⁴²⁹. De esta manera el ámbito de competencias de los Consejos abarca el conocimiento de materias contenidas en el núcleo estatutario del militar (ROFAS, CPM, LORDFAS, LRPFAS) así como en otras normas complementarias, materias que se catalogan sin carácter cerrado en el Artículo 3.1 RDCAPFAS que reproduce casi en su integridad las contenidas en la derogada LRPFAS¹⁴³⁰. Hay materias excluidas expresamente (Artículo 3.2 RDCAPFAS), como las relativas a vivienda, con la finalidad de evitar injerencias en la organización de la Administración Militar y también se excluyen de su conocimiento las peticiones, quejas o recursos, a que se refiere el Título XII LRPFAS por tratarse de intereses ligados a una situación particular, evitando que se utilicen los Consejos como una nueva vía para litigantes.

No obstante, sí podrán analizar, valorar y emitir opiniones sobre planteamientos generales que se estimen de interés para el conjunto de las Fuerzas Armadas, para lo que se podrá convocar reunión conjunta de representaciones de los cuatro Consejos (Artículo 19 RDCAPFAS). Además, nada impide que los Consejos reciban para su estudio consultas por parte de las autoridades competentes en materia de personal, como por ejemplo los anteproyectos de ley o de disposiciones reglamentarias.

¹⁴²⁹ Véase GARCÍA LABAJO, J. M: "Fundamento de los Consejos Asesores...", cit. p. 909.

¹⁴³⁰ La Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la carrera militar (LCM) ha derogado la Ley 17/1999 LRPFAS y, aunque mantiene vigente el Artículo 151 LRPFAS, precisa que "En las disposiciones vigentes, las referencias y remisiones a la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, se entenderán efectuadas a esta ley, salvo en relación a las materias de la citada ley que quedan en vigor según esta disposición. (Disposición derogatoria única. Derogaciones y vigencias.3).

El análisis y valoración de las propuestas se materializa en un "acuerdo" que se traslada al Ministro de Defensa (Artículo 17 RDCAPFAS) y se cursa a través del correspondiente Jefe de Estado Mayor del Ejército, que añade su propio informe sin carácter vinculante y que solo es uno de los elementos de juicio para fundamentar las decisiones del Ministro. La aceptación o inadmisión de las propuestas o sugerencias presentadas no genera derecho alguno a favor de quien la presente, ni la decisión adoptada puede ser objeto de recurso; no obstante, compete al Secretario de Defensa dar respuesta escrita al promotor de cada propuesta en la que le informará de las medidas adoptadas y previstas o de la desestimación, en su caso, sin que tampoco esta contestación sea susceptible de recurso alguno¹⁴³¹.

En el entorno, Francia e Italia tienen órganos similares a los Consejos Asesores de Personal. En Francia, por Ley 69-1044 de 21 noviembre, se creó en 1969 el *Conseil Supérieur de la Fonction Militaire*, como órgano consultivo sobre cuestiones generales de la condición y *estatus* del personal militar. Se ha ido actualizando posteriormente hasta un total de siete Consejos de la función militar, para los tres ejércitos y otras áreas (Gendarmería, Delegación General de Armamento, Servicio de Sanidad y de Combustible). El ministro de Defensa es el presidente de todos los Consejos¹⁴³². En Italia hay un Instituto de Representación Militar, electivo, con un sistema de representación en tres niveles: base, intermedio y central.

El engarce de los Consejos Asesores con las Reales Ordenanzas puede hallarse en los Artículo 203 y 205 ROFAS, sobre el derecho a dirigir propuestas y plantear asuntos, excluidos los directamente relacionados con la justicia,

¹⁴³¹ Para mejorar el proceso de análisis de las propuestas o sugerencias, modificar el procedimiento y vista la necesidad de que una vez analizadas por los Consejos Asesores y elevadas al Ministro, sean contestadas a sus promotores por el Subsecretario de Defensa como responsable de la dirección, impulso y gestión del régimen del personal militar, se ha dictado la Orden Ministerial 12/2008 de 31 enero, por la que se modifica la Orden Ministerial 219/2002 de 13 septiembre, por la que se dictan normas para la composición, constitución y funcionamiento de los Consejo Asesores de Personal de las Fuerzas Armadas (Boletín Oficial de Defensa nº. 28 de 8 febrero 2008).

¹⁴³² La experiencia comparada más próxima al sistema español es la del *Conseil Supérieur de la Fonction Militaire*, nacido tras el mayo de 1968 como paliativo de la carencia de sindicatos u organizaciones profesionales en la Fuerzas Armadas, mediante la concesión de tres tipos de garantías: la equiparación de los militares con los beneficios que obtengan los funcionarios civiles, la vela del jefe por los intereses de sus subordinados y la propia existencia del citado *Conseil Supérieur de la Fonction Militaire*. Véase en PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *Presupuestos constitucionales...*, cit. pp. 419-429.

disciplina, orgánica, medios de equipo y material, instrucción y formación militar. Derecho a presentar propuestas que debe hacerse individualmente y por conducto regular.

Respecto a la idea de asociar la existencia de los Consejos con el derecho de petición, no estamos de acuerdo con esta apreciación; porque con el ejercicio del derecho de petición, individualmente en el caso del militar, este pretende la satisfacción de un interés personal solicitando una acción del destinatario que, estando dentro de su esfera de competencias, quepa en el margen de lo graciable. En cambio, los Consejos son una cadena de transmisión de inquietudes, propuestas, sugerencias, pero sin capacidad resolutive alguna; en realidad son un filtro interpuesto entre el destinatario de la petición (Ministro o Mando que corresponda) y el sujeto activo. Pueden tener utilidad para conocer el sentir de los miembros de las Fuerzas Armadas en determinadas cuestiones, pero carecen de poder, y si en su futura actuación se observa que tienen poca capacidad real de influencia en las decisiones de la Administración militar, acabarán perdiendo eficacia por falta de uso. Quizás el aspecto más sensible sea el procedimiento de elección de los miembros de estos Consejos que, al igual que su composición, se determinará reglamentariamente, sobre todo por la necesidad de credibilidad y eficacia del sistema.

En España se adopta como innovadora una solución experimentada desde hace más de treinta años en Francia, como un medio para conocer el pulso de los militares sin compromiso alguno y con el proceso de profesionalización total de las Fuerzas Armadas como fondo.

En realidad se trata de conocer sin comprometerse. No se permitirán asociaciones profesionales, menos aún sindicales, ni peticiones colectivas, pero a la Administración le interesa saber el estado de opinión para favorecer la toma de decisiones. Pero está claro que esta actitud frena la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas, por lo que parece una solución transitoria, como una reparación de emergencia para paliar una necesidad de expresar inquietudes profesionales, aunque para ello se haya elegido un medio inadecuado.

6.7. RECAPITULACIÓN.

1) El punto de apoyo de las limitaciones del estatuto jurídico-constitucional del militar de carrera es la relevancia constitucional de la misión de las Fuerzas Armadas, que obliga a una configuración específica e idónea de estas y exige que estén organizadas según un sistema jerárquico y disciplinado. Esta exigencia conlleva una singularidad estatutaria que está configurada por la sujeción a unos principios característicos (disciplina, jerarquía y unidad), a unas reglas de actuación profesional y a las leyes penales y disciplinarias militares, de lo que se deriva que el militar tenga un régimen específico, que en distinto grado o intensidad condiciona el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades diferenciándolo del régimen del ciudadano común.

La prevención frente a la influencia de las Fuerzas Armadas en ámbitos que les son constitucionalmente ajenos, se traduce en la exigencia de neutralidad al militar, no solo por la vía penal o disciplinaria sino también a través de limitaciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que tradicionalmente se les ha restringido el ejercicio de los derechos relacionados con actos de carácter político (reunión y manifestación) o de expresión colectiva.

La doctrina ha procurado concretar los principios en los que basar esta restricción, que pueden reducirse a dos, disciplina y neutralidad. El deber de neutralidad, se proyecta sobre el ejercicio de los derechos del militar en forma restrictiva, aunque se advierte un proceso de evolución en sentido de predicar la neutralidad como abstención de la Institución militar, no de cada militar individual, cuyo régimen jurídico se acerca paulatinamente al de los funcionarios civiles. La disciplina y su preservación, es un concepto al que es preciso acercarse desde un punto de vista estrictamente constitucional, ya que la disciplina no puede ser una excusa para soslayar las exigencias que se derivan del respeto a los preceptos constitucionales y en este sentido, alguna doctrina se muestra tan contundente como Peñarrubia, (“en relación con los militares no se ha superado la noción de que siempre están de servicio”) o Cotino Hueso (“la normalidad en la relación jurídico-militar es la restricción de derechos”).

En el plano constitucional, hay cuatro derechos que presentan una limitación explícita para los miembros de las Fuerzas Armadas, el derecho a la vida, el derecho de participación, la libertad de sindicación y el derecho de petición.

2) El **derecho a la vida** y el derecho a la integridad física y moral son los más básicos y primarios de todos los reconocidos en el texto constitucional, en la medida en que la afirmación de los demás solo tiene sentido a partir del reconocimiento de estos, y su reconocimiento constitucional tiene un fuerte componente de protección positiva.

Siguiendo la pauta legislativa de nuestro entorno, en 1995 se abolió la pena de muerte establecida para tiempos de guerra, que era el único supuesto constitucionalmente posible. Esta decisión, que hace desaparecer la pena de muerte de nuestro ordenamiento jurídico, es fruto de la libertad del legislador para abolirla, lo que ha liquidado esta “inquietante desigualdad” (Jiménez Villarejo) en el derecho más fundamental.

La **evolución** del tratamiento de este derecho fundamental, parece que ha iniciado un camino sin retorno, porque en las circunstancias actuales es improbable el retroceso. No obstante, se ha subrayado que la posibilidad constitucional para el retroceso continúa abierta mientras exista la previsión contenida en el Artículo 15 CE, porque esta supresión es solo legal y no constitucional. Posiblemente sea uno de los ajustes a realizar en una hipotética futura reforma constitucional. En cualquier caso, se ha eliminado un importante elemento diferencial del estatuto personal del militar de carrera que, en este punto, ha evolucionado favorablemente.

3) El **derecho de sufragio pasivo** se le niega explícitamente a los militares profesionales en servicio activo, que serán en todo caso inelegibles. La Ley Orgánica 5/1985 LOREG indica que los que deseen presentarse a las elecciones, “deberán solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda”, lo que supone una distinción *in peius* respecto a otros grupos profesionales (policías, jueces o fiscales).

La doctrina ha criticado generalmente el tratamiento dado al derecho de sufragio pasivo de los militares, que se ha visto como una prueba cierta del carácter restrictivo del *estatus* político de los militares; porque se traduce en la

imposición de condiciones más gravosas, materializadas en las consecuencias que para un militar de carrera supone la mera participación en un proceso electoral.

La “situación administrativa que corresponda” ha ido cambiando conforme lo han hecho las sucesivas leyes de personal. Así, en el Real Decreto-ley 10/1977 RDLAPS no era otra que la de retirado, lo que imponía la renuncia irreversible a la carrera para cualquier militar con vocación política.

En la Ley 17/1989 LRPMP se mejoró el tratamiento al configurar la situación de excedencia voluntaria, expresamente prevista aunque sometida a condicionamientos severos como era la imposición de un plazo de dos años para regresar al servicio activo, lo que era una limitación injustificable parecida a un periodo de cuarentena como medio para “descontaminar” políticamente antes del regreso a las filas. Pero aunque esta regulación aún pudiera verse como de carácter disuasorio para la incorporación de los militares a la vida política, es indudable que suavizó el régimen del RDLAPS.

La Ley 17/1999 LRPFAS mantuvo el mismo criterio que, en síntesis, consistía en mantener el *estatus* profesional durante los dos primeros años, para decaer a continuación; aunque en todo caso permitía al militar reintegrarse inmediatamente a la actividad, si no era elegido, o cuando terminara su mandato; además, ahora sí se computaba el tiempo en excedencia a efectos de trienios y derechos pasivos. Aún así, la excedencia voluntaria impuesta obligaba a los militares que pretendían ostentar una candidatura a elegir entre esta o su carrera, lo que desde luego ponía en entredicho la proporcionalidad de tal restricción.

La actual LCM ha venido a corregir desigualdades respecto al sufragio pasivo, puesto que la “situación administrativa que corresponda” ahora es la situación de servicios especiales, que se declara desde el momento en que son declarados candidatos o resulten elegidos. En esta situación se mantiene en suspenso la condición de militar, al igual que en la de excedencia; pero a diferencia de esta, el tiempo permanecido es computable para servicio, trienios y derechos pasivos y además se puede ascender si se cumplen las condiciones, por lo que la LCM corrige en gran medida desigualdades anteriores de difícil justificación.

En resumen, el régimen del sufragio pasivo ha sido extremadamente riguroso, más que por los inconvenientes que se pudieran oponer al acceso a la carrera política, por las consecuencias que conllevaba respecto a la carrera militar.

Respecto al sufragio activo, se admite generalmente que los militares pueden ejercer su derecho al voto sin distinción de los demás ciudadanos.

El ejercicio del derecho de participación por los militares ha **evolucionado** favorablemente, reduciendo significativamente las graves consecuencias que para la carrera profesional tenía anteriormente la llamada de la política, de manera que tras la aprobación de la ley de la carrera militar, las diferencias respecto a otros colectivos son ya menores. Era un contrasentido permitir y animar al ejercicio del derecho de sufragio activo y en cambio poner los mayores obstáculos para el ejercicio del sufragio pasivo.

En general, se ha suavizado la disuasión legislativa para el ejercicio del sufragio pasivo, preservando la debida neutralidad que, en materia política, deben presentar y mantener las Fuerzas Armadas.

4) En uso de la habilitación constitucional que le confiere el Artículo 28.1 CE, el legislador ha optado por excluir a los militares del ejercicio del **derecho a sindicarse**.

En el ambiente de la transición política, el Real Decreto-Ley 10/1977 RDLAPS, vino a poner coto a posibles aperturas en este sentido y prohibió la sindicación a los militares en los términos mas amplios (creación, afiliación, colaboración o cualquier otra forma de participación), como una de las medidas necesarias para conseguir la mas estricta neutralidad, en apoyo del naciente sistema político democrático.

Este criterio se sostuvo asimismo en las Reales Ordenanzas, se reforzó convenientemente en la ley disciplinaria y la Ley Orgánica 11/1985 LOLS mantiene la excepción del ejercicio del derecho de sindicación para los miembros de las fuerzas e institutos armados de carácter militar.

El derecho de sindicación suele tratarse junto con el de asociación, por entenderse que no es sino una manifestación concreta de este, una variante singularizada por su finalidad reivindicativa, laboral, profesional o de clase. Es por esto que el legislador ha visto con recelo su ejercicio por parte del militar

profesional, dada la incidencia que puede tener tanto en la esfera política (neutralidad), como en la profesional (disponibilidad para el servicio); en consecuencia, solo se admite el asociacionismo de carácter científico, deportivo, religioso, social o cultural. Por otra parte, si la pertenencia del militar profesional a partidos políticos está vedada, mayores dificultades plantearía su afiliación a sindicatos, para lo que basta considerar las peculiaridades de estos, cuyos procedimientos de conflicto colectivo, desde la negociación colectiva hasta la huelga, dificultan la compatibilidad entre la militancia sindical y las responsabilidades profesionales del militar.

En la opción del legislador por la exclusión del derecho de sindicación, puede haber pesado la experiencia de las Juntas de Defensa y sobre todo, la prohibición intenta preservar la neutralidad política de las Fuerzas Armadas, que el legislador entiende necesaria para el mejor servicio de los intereses generales. Además existen otras razones como la preservación de la jerarquía y la disciplina.

En cuanto al derecho de **huelga**, uno de los instrumentos más radicales para la defensa de los intereses, generalmente los ordenamientos prohíben su ejercicio a los militares; porque como ha subrayado la doctrina, choca frontalmente con la disciplina militar ya que no es imaginable un ejército en huelga, además de que la defensa nacional en su integridad podría entenderse comprendida en los servicios esenciales de la comunidad que deben garantizarse en el ejercicio de este derecho.

En síntesis, tanto para la libertad de sindicación como para el derecho de huelga, se admite la legitimidad del establecimiento de restricciones para su ejercicio por los militares, que se concretarán por el legislador modulando el alcance (limitar o exceptuar) del ejercicio de la libertad de sindicación en ese ámbito. Para esto dispone de varias opciones, como admitirla con todas sus consecuencias en igualdad de condiciones con los ciudadanos comunes; reconocerla, modulando su ejercicio; limitarla, admitiendo las asociaciones profesionales; o simplemente, exceptuar este derecho para los militares que, para los que están en situación de servicio activo, es la opción elegida en el desarrollo posterior materializado en la Ley Orgánica 11/1985 LOLS.

La **evolución** se presenta dudosa, pero parece moverse muy lentamente a favor del derecho de sindicación, por la vía de las asociaciones profesionales.

5) El **derecho de petición** tiene una larga trayectoria y cuenta con una configuración que desde la Constitución de 1869 se mantiene hasta la actualidad, al menos en lo relativo a la forma de ejercicio, destinatarios y carácter garantista. No obstante, existen opiniones que ponen en duda su función y utilidad actual por considerarlo una institución residual condenada a desaparecer, pero incluso estas reconocen su utilidad en el ámbito discrecional de los poderes públicos.

El ámbito natural del derecho de petición es el de lo estrictamente discrecional o graciable, por lo que la petición solo puede prosperar en las áreas en las que los poderes públicos tienen capacidad discrecional; de manera que por esta vía no se puede pretender una actuación ilegal de los órganos jurisdiccionales o administrativos. Los aspectos formales de su ejercicio se caracterizan por su sencillez y antiformalismo. Los destinatarios públicos de las peticiones tienen obligación de acusar recibo y de tramitarlas y contestarlas adecuadamente, lo que constituye el desarrollo del contenido esencial de este derecho. En esta línea, lo lógico es pedir algo que no se puede obtener por vías o procedimientos existentes, es decir, se trata de conseguir algo a lo que no se tiene derecho pero cuya consecución entra dentro del margen discrecional del poder u órgano a quien se dirige.

El elemento que distingue el derecho de petición de otros conceptos como la acción judicial, la reclamación, el recurso, la solicitud, la denuncia o la queja ante el Defensor del Pueblo, es el reconocimiento para estos de un procedimiento específico en el ordenamiento jurídico.

Se ha discutido su naturaleza jurídica, pero el Tribunal Constitucional ha señalado la naturaleza híbrida o carácter mixto del derecho de petición, que “tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana,[...], y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar” y extiende la titularidad del derecho a cualquier persona natural o jurídica prescindiendo de su nacionalidad, pudiendo ejercerse tanto individual como colectivamente.

Solo padecen limitaciones en el ejercicio del derecho de petición los militares o los miembros de cuerpos sometidos a disciplina militar, aunque la prohibición se ciñe a los aspectos relacionados con la *condición* o ejercicio profesional y no a las peticiones que pudieran ejercerse desde su condición estricta de ciudadanos.

Se encuentran normas restrictivas y reguladoras del derecho de petición de los militares en la legislación básica del estatuto militar, es decir, las Reales Ordenanzas, las leyes disciplinaria y penal, así como en la de personal y carrera militar.

Se observan limitaciones en razón de la materia y en razón del sujeto o destinatario. Para el militar, cualquier materia puede ser objeto del derecho de petición siempre que se ejerza individualmente, salvo en aquellas para las que el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la LO 4/2001. En este sentido, del estudio de los siete artículos de las Reales Ordenanzas que tratan los recursos y peticiones (199 al 205), se deducen tres planos materiales o de contenido de las peticiones: los asuntos directamente relacionados con la justicia y disciplina, con la orgánica y medios de equipo, material e instrucción, que no pueden ser objeto de ejercicio de derecho de petición; el resto de los asuntos profesionales, que sí podrán dirigirse “al órgano superior encargado de la gestión y coordinación de los asuntos sociales y de personal de la Fuerzas Armadas”; otros asuntos, no relacionados con la profesión, que sí podrán ejercerse tanto individual como colectivamente.

La vigente ley disciplinaria (1998) ha suavizado la regulación de su predecesora (1985) en cuanto a las sanciones por falta grave relativas al derecho de petición.

El ejercicio del derecho de petición puede estar condicionado a ciertas formalidades que, en el caso de los militares, están fundadas en motivos entre los que destacan la salvaguardia de la disciplina; por el deterioro que para esta pueden ocasionar las reclamaciones y quejas formuladas al margen del conducto reglamentario o vía jerárquica; además del efecto intimidatorio que puede ejercer una petición hecha por militares colectivamente. Razones por las que el texto constitucional impone el ejercicio individual y conforme a la legislación específica y además se asegura el cumplimiento de estas limitaciones en vía penal y disciplinaria.

Aunque en el ámbito militar el derecho genérico a pedir o reclamar presenta una gama variada de posibilidades o facetas, el derecho de petición aún cuenta con posibilidades prácticas en ámbitos discrecionales de actuación técnica, como es el caso del ejercicio del mando militar.

El límite general es la imposición de forma escrita, además del específico de ejercicio individual y reglado por su legislación propia, lo que es un límite, no una supresión del ejercicio del derecho.

Por otra parte, tradicionalmente se acompañaba el derecho de petición con la garantía de no sufrir represalias por su ejercicio, no obstante, en el ámbito castrense existen cautelas en este sentido para preservar la disciplina mediante la sanción del exceso como falta grave en caso de aseveraciones falsas, realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo, que se añaden a los límites constitucionales citados. Además, la petición ha de seguir el conducto reglamentario, proceso cuya eficacia protege la misma ley disciplinaria.

En el ámbito europeo comunitario no se advierten limitaciones a su ejercicio por parte de los militares.

Como resumen de la situación del derecho de petición, es claro el interés del legislador por mantenerlo bajo control, manifestado en la atención que se le presta en los diversos textos legales militares, lo que contradice las opiniones doctrinales sobre su obsolescencia o carácter residual. No obstante, la regulación dista de ser clara y precisa, superponiendo y mezclando manifestaciones del derecho de petición con otras que no lo son o con figuras ya caducadas, lo que genera confusión. Al mismo tiempo, este exceso de control produce un efecto disuasorio sobre el posible sujeto activo, que no ve ante sí una gama de posibilidades perfectamente deslindada, sino más bien un panorama inseguro, por lo que si es posible ejercerá otros medios para obtener satisfacción antes que emplear la vía del derecho de petición.

La **evolución** futura no puede ser mas que favorable, en una tendencia que comenzó con el mismo Anteproyecto de la Constitución vigente. En la regulación preconstitucional primaba la legislación específica militar sobre la general, que tenía carácter supletorio; en cambio, actualmente el precepto constitucional predica el derecho de petición para todos los españoles, con las salvedades citadas para los militares. Por otra parte, colectivos como los de funcionarios o internos en prisión se han ido liberando de trabas iniciales por vía de la vigente Ley Orgánica 4/2001 y en el ámbito europeo, el Parlamento ya ha

dado indicios de su actitud favorable hacia la admisión del ejercicio colectivo del derecho de petición por parte de los militares.

Aún cabe preguntarse porqué siendo el derecho de petición de carácter residual -como ha sido ratificado por doctrina y jurisprudencia-, continúa teniendo tanto juego en la legislación militar.

6) Si hubiera que elegir una razón para proteger la **libertad de expresión** bastaría con argumentar que es el instrumento racional para tomar decisiones en un sistema democrático. Pero su ejercicio puede verse restringido o matizado para determinados colectivos, como en el caso de los militares, por el impacto sobre la disciplina o la unidad de las Fuerzas Armadas; que se apreciará en función de la calidad del sujeto o puesto que ocupa en la escala jerárquica, el destino que desempeña y la repercusión en el servicio que pueda tener lo expresado.

En suma, el ejercicio de la libertad de expresión estará limitado o condicionado, pero no de manera uniforme ni generalizada, simplemente será distinto.

Siendo la libertad de expresión un derecho esencial para el funcionamiento de una sociedad democrática, ha sido uno de los que tradicionalmente más se han restringido al militar. No obstante, las constituciones históricas españolas no lo han limitado expresamente; pero la legislación de desarrollo se ha encargado de fijar limitaciones específicas para responder a necesidades esenciales de organización de la institución militar, como la garantía de la disciplina, la sujeción jerárquica y la unidad interna, lo que excluye o limita las opiniones cuya expresión pudiera introducir disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas.

Tradicionalmente ha existido cierta prevención legislativa contra el uso de la prensa para expresar críticas o airear polémicas, por lo que aunque la Constitución vigente no hace referencia expresa a los militares, no escasean las limitaciones en la legislación de desarrollo (ROFAS, LORDFAS, CPM). Así, se exige autorización previa para el ejercicio de este derecho; bien por razón de la materia, la seguridad y defensa nacional; bien por la manera, medios o circunstancias en que se han obtenido esos datos.

Respecto a las demás opiniones, como las meramente técnicas, rige el sistema general común a todos los ciudadanos, de ejercicio sin autorización

previa. No obstante, se percibe una clara inseguridad para el militar que deba expresarse en cualquier materia relativa a la defensa nacional, o de la que pueda deducirse de manera interesada algún contenido político que infrinja el deber de neutralidad; por lo que la doctrina ha buscado criterios interpretativos para estimar cuando la opinión emitida se mantiene dentro de los límites que se le han fijado al militar.

La necesidad de autorización previa, significa que los militares se mueven en un campo más reducido que el delimitado por el Artículo 20 CE y que además está acotado por la existencia de determinados valores y principios a los que deben fidelidad, que se protegen en vía penal y disciplinaria con tipos cuya aplicación sería impensable para un ciudadano civil. Por razón de la persona, existe pues una mayor severidad en los tipos penales y disciplinarios relacionados con la libertad de expresión y centrados en torno a la lealtad a la Constitución y al Rey, la subordinación y acatamiento a los poderes del Estado o la salvaguardia de la disciplina y la unidad de las Fuerzas Armadas.

El Artículo 178 ROFAS afirma el derecho, pero fija una limitación como es la necesidad de autorización previa en dos supuestos, uno objetivo, como es el conocimiento de datos por razón de destino o cargo y otro de concreción más difícil por cuanto se trata de cuestiones que “pudieran perjudicar”. Dado que no se hace referencia alguna a quien determinará ese perjuicio, se entiende que se hará en vía disciplinaria o judicial *a posteriori*, lo que genera una clara inseguridad para quien pretenda ejercer su derecho a la libertad de expresión. Si parece claro que la seguridad nacional es un límite al ejercicio de la libertad de expresión, no lo es la constitucionalidad de la exigencia de autorización previa que exige este artículo; en principio por la expresa prohibición de restricción de la libertad de expresión mediante ningún tipo de censura previa y porque esta autorización previa es ineficaz cuando se trata de manifestaciones orales, además de que en el caso de las escritas pueden emplearse o potenciarse otros medios menos agresivos para el pleno ejercicio de la libertad de expresión, al tiempo que constitucionalmente compatibles, como es el secuestro de la publicación o la sanción penal o disciplinaria para los infractores.

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional declara constitucionalmente correcto que el legislador imponga límites al ejercicio de la libertad de expresión

por los militares, siempre que esos límites respondan a principios o criterios esenciales para la organización de las Fuerzas Armadas en garantía de la disciplina y jerarquía así como de la unidad interna, lo que incluye la expresión de opiniones que susciten un indeseable debate partidista. Su jurisprudencia ha establecido la existencia de restricciones para el ejercicio de tal libertad, que son singulares tratándose de miembros de las Fuerzas Armadas, ya que las características de jerarquización, disciplina y unidad resultan indispensables para el cumplimiento de los fines de la organización militar.

El Tribunal Supremo ha hecho un esfuerzo jurisprudencial evidente para que la necesaria garantía de la disciplina y la neutralidad política no reduzca a los militares al silencio, lo que sería tanto como privarles de ese derecho fundamental; porque como ha subrayado Peñarrubia Iza, la restricción de la libertad de expresión afecta a toda la vida del militar, de tal modo que cabe hablar de “presunción de silencio”, de una obligación de guardar silencio en todo momento.

El CEDH permite que la libertad de expresión pueda estar sometida a “ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática”, pero intenta delimitar el campo, fijando supuestos o finalidades. El TEDH ha aceptado las restricciones a la libertad de expresión de los militares y aunque su jurisprudencia parte de que la libertad de expresión es aplicable a los militares como ciudadanos ordinarios, reconoce que el Estado puede restringir su ejercicio con limitaciones que solo serán legítimas si están previstas por ley, persiguen los fines del Artículo 10.2 CEDH y son necesarias en una sociedad democrática tras superar un juicio de razonabilidad, subrayando que “el artículo 10 no se para en la puerta de los cuarteles”.

En resumen:

- La libertad de expresión del militar está condicionada por razones entre las que brilla la preservación de la neutralidad política, que suelen materializarse en conceptos jurídicos indeterminados lo que plantea problemas de inseguridad jurídica.

- El blindaje legislativo que reviste el ejercicio llega a dificultarlo en extremo, hasta casi reducirlo al silencio, porque el militar acaba no teniendo claro si puede o no puede expresarse.

- La exigencia de autorización previa colisiona con la prohibición constitucional de cualquier tipo de censura previa.

- A efectos de su empleo como limitación de la libertad de expresión, quizás habría que reconsiderar la interpretación del concepto de disciplina, desde un punto de vista estrictamente constitucional.

- En cualquier caso, las limitaciones o injerencias en el ejercicio de la libertad de expresión son posibles a la vista de la jurisprudencia del TEDH y existen también en otros países del entorno; por lo que quizás cabe únicamente una reconsideración de conjunto del tratamiento que actualmente recibe en la legislación específica (ROFAS, CPM, LRDFAS), que es expansiva en los supuestos que contempla a la búsqueda de elementos correctores alternativos y menos lesivos para el ejercicio de este derecho fundamental, que los ahora existentes.

En cuanto a la **posible evolución** del ejercicio de la libertad de expresión por el militar, es clara la necesidad de avanzar en su realización, que ahora parece cohibida por la inseguridad de su ejercicio y la contundencia de las sanciones. En este sentido existen indicios favorables ya que por vía jurisprudencial se suavizan restricciones, dado que el *favor libertatis* está claramente presente en la interpretación de los preceptos constitucionales y, por parte del legislador, la reciente derogación del Artículo 179 ROFAS (por la Ley de la carrera militar), que limitaba la faceta pasiva de la libertad de expresión, es una prueba de avance.

7) Los antecedentes legislativos de la restricción del ejercicio del **derecho de reunión** a los militares se remontan a 1868 y seguían estando presentes en el Real Decreto-Ley 10/1977 RDLAPS, que vedaba a los militares la asistencia a cualquier reunión o manifestación promovida por partidos, grupos o asociaciones políticas.

El derecho de reunión y manifestación es de carácter instrumental y se presenta ligado a los de expresión y asociación, vinculándose también con el de participación política, las libertades sindicales o el de huelga, presentando varias

modalidades para su ejercicio; pero el constitucionalmente reconocido afecta solo a las reuniones públicas.

El concepto legal de reunión está expresado en el Artículo 1 LODR, entendiéndose por tal “la concurrencia concertada y temporal de mas de veinte personas, con finalidad determinada”, que suele materializarse en la expresión de unas ideas, generalmente con fines reivindicativos.

Con carácter general se exige que la reunión sea pacífica y sin armas, entendidas estas condiciones en sentido amplio. En cuanto a las manifestaciones, cuentan con una regulación especial porque la afectación de otros derechos o bienes será más intensa que en las reuniones, por lo que en esos supuestos su celebración debe comunicarse previamente a la autoridad competente, que podría prohibir la manifestación cuando existan fundadas razones para presumir la alteración del orden público, concepto que debe entenderse en forma restrictiva.

La Ley Orgánica 9/1983 LODR desarrolla el sistema de comunicación y/o prohibición de las reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público. Son titulares del derecho de reunión tanto los ciudadanos españoles como los extranjeros y, entre aquellos, los militares son los que sufren una mayor limitación.

La Constitución de 1978 no establece limitación alguna al ejercicio del derecho de reunión por los militares, pero su regulación orgánica remite a la legislación específica militar tanto para el caso de las celebradas en Unidades, buques y recintos militares, como para la asistencia de uniforme o haciendo uso de su condición militar. No obstante, la LODR suavizó la normativa precedente aplicable a los militares.

La recepción del derecho de reunión en la legislación específica se contempla en los Artículos 180 y 182 ROFAS, en los que cabe subrayar la referencia a la autorización expresa para reunirse así como el mantenimiento de la neutralidad política, que junto a otros puntos de interés y restricciones están reflejados en las leyes penal y disciplinaria.

El régimen actual se caracteriza por su extremo casuismo que puede resumirse en tres situaciones. Reuniones dentro de recinto militar, que pueden celebrarse siempre que medie la previa autorización expresa del jefe del establecimiento y sus fines sean lícitos según los términos de los Artículos 180 y 182 ROFAS. Reuniones fuera de recinto militar, para las que existe la prohibición

de asistir de uniforme o haciendo uso de la *condición* militar, si tienen carácter político o sindical. Resto de reuniones para fines lícitos, a las que sí podrá asistir de uniforme.

Alguna doctrina (López Benítez) ha considerado satisfactorio el actual régimen de ejercicio del derecho de reunión para los militares, porque la limitación existente respecto a las reuniones de carácter político y sindical persigue mantener la neutralidad de las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, la presencia de conceptos jurídicos indeterminados como la asistencia a reuniones "haciendo uso de su condición militar", es una dificultad añadida, cuya valoración dependerá de las circunstancias del caso.

El CEDH contempla la posibilidad de restringir legítimamente este derecho, con limitaciones que en el caso de los militares estarían fundadas en las medidas necesarias para la preservación de la seguridad nacional, en el contexto de una sociedad democrática.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce el derecho de reunión con la máxima extensión y con exclusión de autorización administrativa previa alguna. Asimismo, adopta un concepto de orden público en sentido material, fundado sobre la apreciación de datos objetivos que pongan en peligro la integridad de bienes o personas, excluyendo así el concepto de orden público en sentido formal, es decir, como equivalente a control político que posibilite a la autoridad la prohibición de reuniones o manifestaciones inoportunas, conforme a su criterio.

En resumen, es claro que el texto de la Constitución vigente no marca limitación alguna para los militares, no obstante, la LODR remite a la legislación específica militar en dos casos:

- Por razón del lugar, cuando la reunión se celebre en recinto militar (Artículo 2, e LODR) será preceptiva la autorización expresa del jefe de la unidad, buque o dependencia, los fines de la reunión deberán ser lícitos y la naturaleza de la reunión no podrá ser política, sindical o reivindicativa (Artículo 180 ROFAS). Por fines lícitos habrá que entender los permitidos por las ROFAS así como los no prohibidos en las leyes penal y disciplinaria. Se excluye también la participación en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo, en todo lugar; aunque la prohibición de asistencia a reuniones de naturaleza reivindicativa, no tiene

respaldo en la ley disciplinaria, quizá por la volatilidad y la indeterminación de este concepto.

- Por razón de uso de la *condición* de militar, bien por asistir de uniforme o por mostrarla de otra forma (Artículo 4.4 LODR). En este caso está prohibida su asistencia a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical (Artículo 8.34 LORDFAS). Las reuniones clandestinas sancionadas por vía penal y disciplinaria se supone que serán las celebradas, aún con fines lícitos, contraviniendo alguno de los preceptos, como puede ser la autorización previa del jefe del establecimiento militar o las celebradas con finalidad distinta a la declarada. Se introduce aquí otro concepto jurídico indeterminado que mezclado con el igualmente indeterminado “asuntos del servicio” (Artículo 92 CPM), constriñe aún mas el marco del ejercicio del derecho de reunión.

A salvo de los condicionantes de lugar y condición expuestos, al militar le es aplicable el régimen del ciudadano común, por lo que podrá asistir a las demás reuniones.

En síntesis, el régimen de ejercicio del derecho de reunión y manifestación por los militares dista de ser nítido y aún presenta cierto confusionismo, entendemos que por la remisión que hace la LODR a la legislación específica sin considerar que se está refiriendo a las ROFAS. Incluso observamos limitaciones impuestas directamente en vía penal, como el tipo residual del Artículo 92 CPM “reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio”.

Respecto a la **evolución** probable, aunque sin compartir el entusiasmo de alguna doctrina, la regulación actual está en consonancia con el ámbito comparado y es compatible con las normas internacionales suscritas por España en esta materia. No obstante, cabe esperar que en la anunciada regulación en vía orgánica de los derechos fundamentales del militar se aclare esta regulación.

8) La primera regulación del **derecho de asociación** de los militares puede encontrarse en la Ley de 30 junio 1887 que exceptuaba de sus disposiciones al Ejército, entre otros Institutos o Corporaciones.

La Ley Orgánica 1/2002 (LODA) opera en nuestro ordenamiento como régimen mínimo y común aplicable a las asociaciones, ya que sus preceptos no orgánicos son supletorios respecto de cualesquiera otras normas reguladoras de

asociaciones reguladas por leyes especiales. En lo referente a los militares, remite a sus normas propias.

El derecho de asociación protege por un lado el derecho de las personas en el ámbito de la vida social y, por otro, la capacidad de las propias asociaciones para su funcionamiento.

Tras la aprobación de la Constitución de 1978 cualquier control de las asociaciones solo puede ser posterior y solo se consideran contrarias a la Constitución las mencionadas en el Artículo 22.5 CE.

La existencia de un registro de asociaciones ha planteado problemas de interpretación de esa disposición constitucional, por lo que la inscripción registral es un punto crítico y polémico en el régimen jurídico del derecho de asociación. La inscripción en el Registro es un punto de referencia legal y también una garantía para el tráfico jurídico. En cualquier caso, el registro de asociaciones no puede actuar como un mecanismo de control previo porque, solicitada formalmente la inscripción, la Administración debe proceder a la misma y una vez inscrita, debe ser una resolución judicial la que decida sobre su ilegalidad. En cuanto al carácter de la inscripción registral, hay que señalar que para constituir la asociación basta con la formalización del pacto asociativo, que la inscripción es un trámite posterior a esta constitución y que la obligación de inscribir es de la Administración, que no puede negarse, por lo que la inscripción registral tendrá efectos declarativos, no constitutivos.

La normativa específica militar a que remite el Artículo 3,c LODA, se ha materializado en los Artículos 181 y 182 ROFAS. El primero impide a los militares la participación en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa, pero les permite la pertenencia a asociaciones religiosas, culturales, deportivas o sociales, entendiéndose que la prohibición de sindicarse es absoluta mientras que la de asociarse lo es en función de la finalidad. El segundo impone la obligación de respetar cualquier opción política o sindical e insiste en el deber de mantener la neutralidad, redundando en lo dicho en el anterior artículo en el que prohibía “participar” y ahora añade no estar “afiliado ni colaborar”, “asistir a sus reuniones” ni expresar públicamente opiniones “sobre” ellas, de manera que es indudable el carácter restrictivo del régimen impuesto por este Artículo 182 ROFAS y las restricciones presentes en ambos artículos están reflejadas en la ley disciplinara.

Lo cierto es que el Artículo 22 CE no fija limitación alguna en cuanto a los titulares, por lo que el militar no está excluido del ejercicio del derecho de asociación; pero dado que es un derecho de ejercicio colectivo, mediante el que se crea una entidad (asociación) con personalidad jurídica propia, organizada con cierto carácter permanente y dedicada a la promoción, defensa o consecución de intereses comunes a los asociados, es lógico el recelo con que históricamente se ha visto su ejercicio por los militares, puesto que puede afectar a puntos básicos como son la estricta neutralidad política y la absoluta disponibilidad para el servicio (Casado Burbano). Por otra parte, es palpable que algunos sectores pretenden implantar asociaciones con fuerte carácter reivindicativo, casi sindical, sobre la vía del Artículo 182 ROFAS que autoriza a pertenecer a asociaciones legales de tipo religioso, cultural, deportivo o social.

En los países del entorno, se acepta generalmente que las legislaciones nacionales pueden imponer limitaciones al ejercicio de este derecho por los militares.

Para conocer la posición del Tribunal Constitucional sobre el particular debe estudiarse la STC 219/2001 de 31 octubre, en la que establece una importante doctrina respecto al asociacionismo militar, de la que se subrayan alguno de sus rasgos más significativos:

- El entramado de cuestiones a dilucidar se agrupaba en dos áreas, una en torno a la inscripción de la asociación, cuya negativa administrativa bastaba al Ministerio Fiscal para pedir el amparo, y otra en torno la constitucionalidad del Artículo 181 ROFAS, en particular de la frase “asociaciones con finalidad reivindicativa”, en la que se apoyaba el Abogado del Estado para pedir la denegación del amparo.

- Se había argumentado que los fines de la Hermandad eran reivindicativos y que por ese motivo, en realidad no era una asociación sino un "ente parasindical" incurriendo así en fraude de ley.

- Tanto las Sentencias de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo coincidían en que el artículo 181 ROFAS prohíbe no solo los sindicatos sino también las asociaciones con finalidad reivindicativa, precisamente “para evitar, por encima de subterfugios formalistas, el ejercicio de actividades sindicales en las Fuerzas Armadas”.

- Frente a estas interpretaciones, el TC señaló que el derecho de asociación del Artículo 22 CE "se refiere a un género -la asociación- dentro del cual caben modalidades específicas" como los sindicatos, los partidos políticos y las asociaciones empresariales. Pero que nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del Artículo 28.1 CE. Esto supone una indebida restricción del derecho de asociación así como una indebida extensión del concepto de sindicato.

- Se formuló un voto particular (González Campos) en el que se discrepaba de la sentencia por no haberse incluido un pronunciamiento acordando elevar al Pleno cuestión de constitucionalidad sobre el Artículo 181.1 ROFAS, ya que la aplicación de este precepto legal lesionaba el derecho de asociación reconocido en el Artículo 22 CE. El Magistrado discrepante se centró en la crítica de la legislación específica (ROFAS) para regular el derecho de asociación de manera conforme a la Constitución y justificaba su voto en razones como el evidente carácter restrictivo del Artículo 181.1 ROFAS manifestado en el inciso "por cuyos intereses vela el Estado", que establece una protección genérica de los "intereses" que incidiría negativamente en un aspecto nuclear del derecho fundamental del Artículo 22 CE, como es la libertad de los militares para crear asociaciones a las que encomendar la defensa de sus intereses. Además, la prohibición relativa a las "asociaciones con finalidad reivindicativa" no cumple con las exigencias constitucionales a las que según nuestra jurisprudencia se subordina una eventual restricción de los derechos fundamentales. A mayor abundamiento, la Ley 85/1978 (ROFAS) no tiene el carácter de orgánica; ni ha sido reiterada por una ley orgánica posterior, como ha ocurrido respecto a la prohibición relativa a la participación en "sindicatos" por el Artículo 1.3 LOLS; ni estamos ante un caso de colaboración entre ley orgánica y ley ordinaria, puesto que ninguna ley relativa al derecho de asociación que tenga el carácter de orgánica llama a intervenir a la ley ordinaria que aprobó las ROFAS, como es exigible para que esa colaboración sea legítima, entendiéndose por el contrario que las "asociaciones con finalidad reivindicativa" son en realidad un sindicato, pese a que el propio precepto las diferencia de estos. Por último, respecto a los requisitos

constitucionales de carácter material, el Artículo 181.1 ROFAS introduce una prohibición que restringe el derecho de asociación sin fundamento en una expresa previsión constitucional contenida en el Artículo 22 CE, lo que evidencia la inconstitucionalidad del precepto y su enunciado; tampoco cumple la exigencia de que la limitación que introduce sea cierta y previsible, para evitar que la restricción quede al arbitrio de quien ha de aplicar la ley, empleando términos tan indefinidos e imprecisos que permiten, en detrimento del derecho de asociación, subsumir sin dificultad dentro de las "asociaciones con finalidad reivindicativa" a muchas asociaciones creadas por miembros de las Fuerzas Armadas, puesto que los destinatarios de la prohibición solo son definidos genéricamente como "los miembros de las Fuerzas Armadas", sin distinguir la situación administrativa en que se hayan; además, el Artículo 181.2 ROFAS no permite sin más la participación de los militares en asociaciones religiosas, culturales, deportivas o sociales, sino solo en aquellas asociaciones de estas clases que estén «legalmente autorizadas», lo que de nuevo remite los límites de ejercicio del derecho de asociación a una regulación incierta. En resumen, el Artículo 181.1 ROFAS, por su indeterminación respecto de la prohibición de las "asociaciones con finalidad reivindicativa", es susceptible de una interpretación y aplicación extensivas por parte de la Administración, lo que puede entrañar una ilegítima restricción del ejercicio del derecho que recoge el Artículo 22 CE.

En cuanto a la **posible evolución** partimos de que, no obstante el silencio del texto de la Constitución, es un hecho que el ejercicio del derecho de asociación está restringido o limitado para los militares, como también es patente lo sensible de la materia por el interés que despierta en los beneficiarios potenciales de este derecho.

Es necesaria una clarificación legislativa, porque la situación actual, con una regulación apoyada en las ROFAS cuya constitucionalidad ha sido puesta en entredicho, según se ha visto en el voto particular citado, no hace sino alimentar la conflictividad. Esto será así mientras no se delimiten claramente los contornos del asociacionismo militar, como vía para buscar la satisfacción de pretensiones por un cauce distinto de la vela del Estado por sus intereses que expresa el Artículo 181 ROFAS, entre otras razones porque las peticiones, reclamaciones, quejas o propuestas irán dirigidas contra esa misma Administración pública.

9) Entre los derechos y libertades cuyo ejercicio puede resultar condicionado, pese a no estar específicamente limitado por previsión constitucional alguna, figura el **derecho fundamental a la igualdad**. Cuya primera dificultad es su imposible regulación o desarrollo normativo con carácter general en una genérica "ley de igualdad", ya que la igualdad no puede predicarse en abstracto, sino respecto de relaciones jurídicas concretas.

La titularidad del derecho a la igualdad corresponde a las personas físicas, como reflejo de su dignidad, lo que no impide que una norma española regule una materia en forma distinta a como lo haga otro país europeo, porque la igualdad ante la ley no es un derecho subjetivo a ser igual, sino a ser tratado por el legislador sin desigualdad arbitraria, por lo que solo se excluyen las diferencias que no sean razonables y carezcan de base objetiva.

El criterio del TC para estimar la existencia de desigualdad, se apoya en tres requisitos: que las decisiones recurridas hayan sido dictadas por el mismo órgano jurisdiccional, que los casos sean esencialmente análogos y que el cambio de criterio respecto a la decisión precedente carezca de explicación razonable y razonada. Además debe concurrir la proporcionalidad entre fines y medios, para que el TC acepte la diferencia de trato en situaciones iguales.

Considera el TC que, en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, pueden darse ciertas exigencias directamente vinculadas a garantizar la específica disciplina, cohesión interna o respetabilidad pública de las instituciones en que se dan dichas RdSE. Pero incluso en este caso, el principio de igualdad impone que la exigencia normativa guarde relación directa y razonable con la finalidad perseguida por la misma norma, porque de lo contrario introduciría un factor discriminatorio, por carecer tal diferencia de trato de justificación objetiva y razonable.

Así, es posible dar un tratamiento penal diferente a los militares, al imponer el legislador sanciones distintas a las aplicables por el mismo delito a los civiles, porque este *plus* de punibilidad no será discriminatorio o desproporcionado siempre que tal diferencia esté fundada en la voluntad de proteger la peculiar naturaleza y funciones de la institución militar, que para el cumplimiento de sus misiones constitucionales debe estar organizada en forma específica y sus miembros sujetos a un régimen jurídico singular.

La existencia de una relación jerárquica de subordinación o la disciplina militar no son, por sí solas, razones suficientes para infringir el principio constitucional de igualdad, si la diferenciación que amparan carece de una justificación objetiva y razonable dirigida a la preservación de jerarquía y disciplina. Ambos conceptos han de entenderse en sentido constitucionalmente correcto ya que ni la disciplina militar, ni el principio jerárquico, deben exceder su propio ámbito que es el de la organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas.

Un aspecto singular y de plena actualidad del derecho a la igualdad lo constituye la no discriminación por razón de sexo, que es un área de interés en el derecho comunitario que se refleja en la legislación militar, ya que permite a los Estados cierto margen de maniobra para la aplicación de esta normativa en aquellas actividades profesionales en las que el sexo constituya una condición determinante, por razón de la naturaleza o condiciones de la actividad. Si bien en vía jurisprudencial se ha precisado que para que un tratamiento desigual para hombres y mujeres sea compatible con el ordenamiento comunitario, la restricción concreta ha de superar el filtro del juicio de proporcionalidad entre el derecho afectado y el fin perseguido.

En España, las Reales Ordenanzas (Artículo 185) ya prohibieron cualquier forma de discriminación entre militares, incluso por razón de sexo; aunque la primera discriminación era la imposibilidad de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, que no se corrigió definitivamente hasta 1991 por efecto de un recurso de amparo.

La derogada Ley 17/1999 de 18 de mayo (LRPFAS) abordaba el régimen de la mujer en las Fuerzas Armadas, aplicando con decisión el principio de igualdad y entre otras medidas establecía precisiones para bloquear desviaciones del principio general de no discriminación, al tiempo que contemplaba ciertas medidas de discriminación positiva o inversa como el doble baremo para el acceso a la profesión militar.

La reciente Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la carrera militar (LCM) regula la cuestión fijándose entre sus objetivos el de alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres en todos los aspectos de acceso, formación y carrera militar. Subraya que el principio de igualdad de trato y de oportunidades conforme

a lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, “estará especialmente presente en el desarrollo y aplicación de esta ley”. Recoge medidas específicas para las alumnas de cursos de perfeccionamiento y de altos estudios, para cumplir las condiciones de ascenso y para la provisión de destinos, además de contemplar una modalidad de situación de excedencia “por razón de violencia de género” con ventajas sobre el resto de las situaciones de excedencia que regula la ley.

Si en el ámbito comparado, las legislaciones nacionales presentan variaciones y matices en torno a las medidas de discriminación inversa, puede afirmarse que actualmente en España las mujeres pueden desempeñar cualquier puesto en el seno de las Fuerzas Armadas, sin limitación alguna.

No obstante, la doctrina ha advertido sobre los posibles efectos indeseados de la discriminación positiva, efectos a los que no escapará la legislación militar. Porque, por ejemplo, la regulación de la situación de excedencia “por razón de violencia de género” presenta diferencias que la distinguen respecto a otras, como las motivadas por la agrupación familiar o el cuidado de familiares. En ambas excedencias la condición militar “queda en suspenso”. Además, en el primer caso se sufre la pérdida de puestos en el escalafón y “no devengarán retribuciones ni les será computable a efectos de tiempo de servicios, trienios y derechos pasivos”. En el segundo caso se computa el tiempo durante el primer año, a los efectos citados. En suma, las condiciones de la excedencia por agrupación familiar son más desfavorables que las del cuidado de familiares.

En cambio se eliminan prácticamente las trabas para acceder a la excedencia “por razón de violencia de género”, incluso las objetivas de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos. Teniendo en cuenta que estas precisiones son una manifestación de la transversalidad y si nada hay que objetar desde el punto de vista de la erradicación de la violencia de género, sí parece un exceso de discriminación inversa el ceñirlo solo al caso de las mujeres (“las mujeres profesionales víctimas”); porque siguiendo el criterio interpretativo del Tribunal Constitucional, hay desigualdad cuando, entre situaciones que pueden considerarse iguales, se introduce una diferencia que carece de una justificación objetiva y razonable. Y esta circunstancia se dará en el momento en que la

víctima de la violencia de género sea un militar varón, tanto más cuando el principio de igualdad exige que la diferenciación normativa guarde relación directa y razonable con la finalidad perseguida, para no introducir un factor discriminatorio, y esa finalidad no es otra que la preservación de la eficacia de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus misiones constitucionales, eficacia que resultaría igualmente dañada con independencia del sexo de la víctima de la violencia de género. Por lo que, salvo mejor parecer, esa diferencia de trato carecería de justificación objetiva y razonable vulnerando por tanto el principio de igualdad por exceso en la discriminación positiva que, como ha pronosticado la doctrina, puede volverse contra su finalidad original, al ampliarse a la discriminación del varón.

En cuanto a la **evolución posible**, es justo resaltar el esfuerzo del TC en la interpretación jurisprudencial de principios centrales como son los de jerarquía y disciplina, con tendencia a aproximar la jurisdicción militar a la civil en cuanto a favorecer las posiciones del militar, procesales y otras.

Respecto a la discriminación positiva de la mujer en las Fuerzas Armadas es previsible que, dada la transversalidad propia de las políticas igualitarias, se continúen recibiendo y adaptando cuantas medidas legislativas se adopten con carácter general en este sentido; no obstante, conviene no perder de vista la advertencia doctrinal sobre los efectos indeseables de la discriminación positiva, que posiblemente se manifieste en el futuro con la corrección de los excesos legislativos en esta materia.

10) Presupuesto el **derecho a la vida, libertad e igualdad** son los derechos fundamentales de referencia en el constitucionalismo. La libertad aparece bajo distintas formas, pero como derecho fundamental de carácter subjetivo tiene capital importancia su vertiente de libertad física o deambulatoria. Su titularidad corresponde a todas las personas, con independencia de su nacionalidad y sin perjuicio de que los supuestos o el régimen de privación puedan variar en ciertos casos.

Conforme a la Constitución vigente, los supuestos en los que se puede privar de libertad a una persona son la detención preventiva, la prisión provisional y la prisión.

Los militares han tenido tradicionalmente un régimen específico para su detención y arresto, resumido en que la detención ha de procurarse que se haga por sus jefes y que el arresto o privación de libertad se cumplirá en establecimientos militares y, si es en un centro civil, con separación del resto de internos. Régimen que ya se estableció durante la Segunda República y que se ha venido manteniendo sustancialmente hasta la actualidad. Las razones para esta especialidad pueden ser varias, como la preservación del decoro institucional incluso en esas circunstancias, o la lógica correspondencia con un régimen penal y disciplinario mas oneroso que el de los ciudadanos comunes, o el complemento igualmente lógico para el ejercicio completo de la jurisdicción militar o, simplemente, para facilitar el control y seguimiento de los sancionados en vía penal o disciplinaria.

El *habeas corpus* es una garantía frente a vulneraciones del derecho fundamental a la libertad personal, del que es una garantía específica, que no obstaculiza la posible interposición de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pretende solucionar rápida y eficazmente los supuestos de detenciones no justificados legalmente o que transcurran en condiciones ilegales, por lo que su procedimiento se basa en la aplicación de los principios de agilidad, sencillez, generalidad y universalidad.

En el ámbito de la jurisdicción militar, conocerá la solicitud de *habeas corpus* el Juez Togado Militar de Instrucción "constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención", especialidad que ha sido criticada por la doctrina por considerar que estos Juzgados Togados no son tribunales ordinarios, sino jurisdicción especial. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que el juez togado militar es juez ordinario a estos efectos y las sucesivas y puntuales reformas de la jurisdicción militar han dado respuesta sustancial a las objeciones doctrinales planteadas.

El TC se ha mostrado muy garantista y ha reiterado que el procedimiento de *habeas corpus* es procedente en los casos de sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración militar.

En el vigente Código Penal Militar se mantiene un margen para la graduación de las penas, a las que pueden agregarse efectos específicos como la pérdida, suspensión o deposición de empleo. Las penas se cumplirán en

establecimiento penitenciario militar o, en su caso, con separación del resto de penados y además, el Artículo 44 CPM facilita alternativas para tiempo de guerra; en una redacción ambigua “podrán ser cumplidas en funciones que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina”, que encierra la posibilidad de un endurecimiento añadido, por ejemplo, por el cumplimiento en unidades disciplinarias o en cometidos *ad hoc*.

Entre los supuestos tasados de privaciones de libertad que recoge el Artículo 5.1 CEDH ("nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes"), no aparece mención a la disciplina militar. Pero el TEDH ha reconocido que los Estados gozan de cierto margen de apreciación para organizar su sistema disciplinario militar y, además, España hizo reserva de aplicación de los Artículos 5 y 6 CEDH en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas; lo que permite que, sin vulnerar el CEDH, en el ámbito de las Fuerzas Armadas sea posible imponer sanciones disciplinarias que impliquen privación o restricción de libertad.

La privación de libertad no es cuestión pacífica cuando se refiere al ámbito disciplinario. El TEDH distinguió entre lo que es privación, como equivalente a arresto muy riguroso o con internamiento en unidad disciplinaria, y los arrestos normales, que no serían privación sino restricción de libertad.

La privación de salida no es estrictamente una restricción de libertad, pues aunque se impone al sancionado la permanencia en su Unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento, fuera de las horas de servicio tiene total libertad dentro del recinto en igualdad con los no arrestados.

El arresto en domicilio o Unidad, de uno a treinta días, consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia, en su domicilio o en el lugar de la Unidad, acuartelamiento, base o buque que se señale. Durante el arresto, el sancionado participará en las actividades de la Unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo, por lo que fuera de las actividades de servicio, el sancionado tiene efectivamente restringida su libertad.

El arresto de un mes y un día a dos meses significa inequívoca privación de libertad, que se materializa en el internamiento en un establecimiento específico para cumplir la sanción.

En la LORDFAS también se contempla el supuesto de corrección previa para mantener la disciplina y subordinación y el arresto preventivo, lo que ha suscitado dudas respecto a su constitucionalidad porque, a diferencia de la prisión provisional que no tiene límite marcado constitucionalmente, el arresto preventivo está limitado a un mes. La ley disciplinaria es poco explícita en su regulación y solo señala el presupuesto de hecho (la exigencia de una acción inmediata para mantener la disciplina) y la autoridad que puede ordenarlo, pero no señala el lugar ("establecimiento disciplinario militar o en el lugar que se designe") o el modo de cumplimiento.

El Tribunal Constitucional ha considerado que, por su propia naturaleza, el procedimiento disciplinario militar no puede quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar; pero no obstante, se aplicarán las garantías procesales constitucionalmente exigibles, respetando al menos su contenido básico, para evitar que se produzca indefensión.

En cuanto a la distinción entre restricción y privación de libertad que encierra el arresto por falta leve, la falta de acuerdo jurisprudencial se materializa en dos líneas; por una parte, el Tribunal Supremo, que siguiendo la doctrina del TEDH y distinguiendo entre sanciones restrictivas y privativas de libertad, sostiene que "el arresto por falta leve de uno a treinta días, a cumplir en el domicilio o en la Unidad, sin perjuicio del servicio, no constituye privación de libertad, sino simple restricción de la misma". Por otra, el Tribunal Constitucional, que considera que las sanciones de arresto cualesquiera que sean, consisten en la privación de un derecho fundamental y que incluso el arresto domiciliario constituye no una mera restricción sino una verdadera privación de libertad, "ya que en este campo no existen ámbitos grises o indefinidos".

En cuanto a la **evolución** del derecho a la libertad personal en el ámbito militar, es claro que la jurisprudencia del TC va por delante del TS e incluso de las interpretaciones del TEDH. También es significativa la depuración frecuente de preceptos de la legislación específica militar, por la vía del recurso de amparo constitucional, lo que induce a pensar que la tendencia es significativamente

favorable al ejercicio del derecho a la libertad personal del militar, con las imprescindibles restricciones constitucionalmente admisibles.

11) El derecho a la **libertad religiosa** pertenece al ámbito de la vida privada y su ejercicio está reconocido y asegurado en la legislación específica militar, tanto para los militares católicos como para los pertenecientes a otras confesiones.

Los conflictos que puedan surgir lo serán por el acierto en la interpretación y aplicación de la legislación vigente. En particular, por la no siempre clara distinción entre celebraciones de carácter religioso con participación castrense y actos militares con contenido religioso.

En el primer caso, la representación suele ser institucional y caería bajo el concepto de acto de servicio, sin implicaciones personales, aunque no obstante la Orden Ministerial 100/1994 establece que para el nombramiento de las comisiones militares “se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y la voluntariedad” y el TC considera que, aunque esta participación obedezca a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas, debe respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia. En el segundo, no cabe el concepto de acto de servicio, si implica la participación en ceremonias de una religión que no se profesa, no obstante, esto hay que medirlo en sus justos términos¹⁴³³. En ambos casos, la vía más segura es respetar la voluntariedad del designado que, frente a los actos de intromisión en la esfera íntima de sus creencias, puede hacer valer la vertiente negativa de su derecho a la libertad religiosa que “garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza” y que es una decisión personal a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas.

Un efecto colateral de la vulneración del derecho a la libertad religiosa es que puede entrar en conflicto con el principio de disciplina.

En cuanto a la posible **evolución**, está claro que no cabe pensar en retroceso alguno y la Orden Ministerial 100/1994 de 14 octubre sobre regulación de los Actos Religiosos en Ceremonias Solemnes Militares, ha venido a poner en claro esta cuestión de manera accesible a los interesados. Todo ello con

independencia de los problemas puntuales de aplicación práctica, que serán cada vez más escasos.

12) El **derecho al honor** configura uno de los derechos clásicos de la personalidad. El honor presenta una faceta interna subjetiva como cualidad moral y otra objetiva proyectada al exterior, cual es la reputación o fama; esta duplicidad se refleja en su interpretación jurisprudencial, al distinguir entre un aspecto inmanente del honor que consiste en la autoestima de cada persona y otro trascendente, vinculado con la opinión social, con la fama, que se apoya en el reconocimiento que hacen los demás de nuestra dignidad.

El concepto del honor tiende a ser patrimonializado y apreciado desde puntos de vista subjetivos, pero en el contexto del Estado social y democrático de derecho “no cabe un concepto de honor patrimonializado por una clase o expresión del individualismo frente a otros o al propio Estado”, lo que conduce a la necesidad de reformular el concepto de honor de manera igual para todos, con fundamento en la dignidad de la persona y en la igualdad de los españoles ante la ley.

En nuestro ordenamiento, el honor queda jurídicamente indeterminado, si bien el denominador común de las vulneraciones es el desmerecimiento en la fama o consideración ajena, por lo que el contenido del derecho al honor es cambiante y, en definitiva, “dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”, siendo su contenido esencial la dignidad de la persona.

Como tal concepto jurídico indeterminado, la labor jurisprudencial es imprescindible para construir e interpretar el concepto. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las lesiones al honor no tienen por que proceder exclusivamente de personas individuales y que es posible apreciar lesión de este derecho al honor en el caso de que el atacado sea un colectivo de personas determinado, siempre que puedan identificarse los afectados individualmente.

En este contexto, el “honor militar” se puede predicar tanto de las personas individualmente como de las Fuerzas Armadas como institución. En su vertiente interna, el honor actúa como sentimiento modulador de la conducta individual,

¹⁴³³ Por ejemplo, la asistencia a una misa de campaña sí podría ejercer violencia sobre la libertad religiosa de un militar no católico, pero unas palabras “neutrales” del capellán católico en memoria

como “convencimiento práctico de la propia dignidad”, y en la externa, entendido como reputación o fama, aparece revestido de sentido corporativista o gremial.

La jurisprudencia ha reconocido la existencia del honor como valor específico militar, entendido como una primordial y “depurada actitud moral” que ha de servir al militar como presupuesto para el más exacto cumplimiento de su deber; lo que se traduce en un *plus* de eticidad superior al exigible al ciudadano común y en una mayor exigencia de pulcritud profesional para sus miembros, lo que está estrechamente relacionado con la *condición* militar como “particular manera de ser y actuar en pro de altos fines”. Como parámetro de conducta, el honor militar impone unas reglas de comportamiento cuya infracción puede resultar sancionada en vía penal o disciplinaria, en los casos en que las faltas al honor menoscaben la eficacia de las Fuerzas Armadas para el mejor cumplimiento de sus misiones constitucionales. Este honor militar, como valor específico traducido en “plus” de eticidad y vinculado a la *condición* militar, no es precisamente un privilegio, sino una carga que se asume y se manifiesta en la exigencia de mayor rigor en el cumplimiento de las obligaciones profesionales.

Desde un punto de vista objetivo, los militares son un colectivo de personas que puede ser objeto de ataques a su honor como tal colectivo, contra los que cabe defensa siempre que los afectados puedan identificarse individualmente. Finalmente, es indudable que el honor de las Fuerzas Armadas, como institución del Estado, es un bien jurídico digno de protección.

La recepción legislativa del concepto de honor militar se ha hecho en dos campos. En el terreno de los principios, como uno de los inspiradores del exacto cumplimiento del deber, junto al amor a la Patria, disciplina y valor, así como sentimiento inspirador de una recta conducta. El otro campo es el ámbito disciplinario, ya que ese concepto del honor militar impregna las previsiones disciplinarias, con la exigencia del estándar mínimo de dignidad o conducta apropiada que se exige a todo militar.

La jurisprudencia del TC da preponderancia a la libertad de expresión y al derecho a la información sobre el derecho al honor, invirtiendo el orden valorativo seguido por la jurisdicción ordinaria, y así se va configurando el derecho al honor mediante su ponderación con aquellos.

Los Tribunales de Honor se emplearon para salvaguardar el honor colectivo de los grupos o instituciones, para excluir los elementos juzgados como indeseables por presentar conductas tenidas por deshonrosas. Actuaban a modo de instancia correctora de los fallos de la jurisdicción, cuando se consideraba que esta no había dado entera satisfacción a las exigencias del honor. La opinión mas común en la doctrina es negar su viabilidad actual, no obstante, también hay un sector doctrinal que defiende la posibilidad de su existencia. En cualquier caso, la vigente Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, los ha declarado prohibidos en el ámbito militar.

La afirmación jurisprudencial de la existencia de un honor militar específico, conlleva exigencias profesionales mayores y más rigurosas que se plasman en la legislación correspondiente, principalmente en el ámbito disciplinario, en forma de tipos sancionadores de conductas como el comportamiento escandaloso, la asunción de deudas injustificadas o la realización de actos contrarios a la condición militar. Además, el concepto de honor militar tiene un fuerte carácter expansivo, apoyado sobre la base de circunstancias como la ostentación de la cualidad de militar, las relaciones jerárquicas, el carácter del lugar donde se producen los hechos y otras; lo que pone de manifiesto la necesidad de profundizar en las técnicas de control y determinación de estos conceptos jurídicos indeterminados. De manera que resulta evidente la necesidad de depurar el concepto de honor militar, a la luz de los principios y valores constitucionales, para evitar que al amparo de interpretaciones interesadas de este concepto jurídico indeterminado, se justifiquen limitaciones a los derechos y libertades.

El contenido esencial del **derecho a la intimidad** está referido “a la obligación, por parte de los poderes públicos y de la sociedad, de respetar un ámbito de privacidad de la persona”; por lo que en gran medida está orientado a la protección del ciudadano frente a las intromisiones del poder público y como en el caso del honor, con el que está claramente conectado, la extensión del derecho se ve condicionada por el carácter de la persona o el aspecto concreto de su vida que resulte afectado, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso. En la práctica, el derecho a la intimidad del militar puede resultar afectado por la circunstancia material de las condiciones de vida en bases y acuartelamientos,

puesta en relación con los preceptos disciplinarios, en particular cuando se vive dentro de estos establecimientos.

La inviolabilidad del domicilio se vincula al derecho a la intimidad de las personas. El Tribunal Constitucional ha ampliado el significado del término “domicilio” respecto al contemplado en el Código Civil, considerando así a las segundas viviendas e incluso vehículos, caravanas y habitaciones de hotel. El posible peligro específico para la inviolabilidad del domicilio del militar, también procede de la circunstancia de que su domicilio esté ubicado en el interior de recintos militares.

En síntesis, las distorsiones en el ejercicio de derechos como la intimidad o la inviolabilidad del domicilio, surgen por la razón objetiva de la existencia de una relación individuo-Administración mas intensa, ya que la vida en recintos militares es un factor mediatizador de la intimidad personal y familiar.

Respecto a la **posible evolución**, la relatividad o indeterminación del concepto de honor, unida a su rápida evolución por la incidencia de los usos sociales en este asunto, puede hacer que el “honor militar y el de los militares” quede un tanto descolgado en cuanto a la percepción de sus límites y contenido, corriendo el riesgo de alejarse de la realidad social, por lo que es necesario profundizar en el perfil legal y en la interpretación jurisprudencial del concepto.

No obstante, dadas las características intrínsecas del derecho al honor y su conflictividad con el derecho a la libertad de expresión e información, también cambiantes, será muy difícil alcanzar un concepto del honor que sea constitucionalmente nítido y estable, por lo que habrá que estar a la más reciente doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

13) La clave para las limitaciones a la libertad de **circulación y residencia** en el ámbito militar hay que buscarla en el concepto “necesidades del servicio”, en su vertiente de disponibilidad. El Jefe de la Unidad u Organismo es competente para conceder las vacaciones o permisos, o denegarlos motivadamente y, por la razón de disponibilidad apuntada, tanto para territorio nacional como para el extranjero, se deberá comunicar el lugar o lugares donde se estará.

14) El **derecho a la tutela judicial efectiva** es un derecho de configuración legal, de contenido complejo y carácter prestacional, que reviste un marcado carácter instrumental y previo, ya que su función primordial es la de facilitar la

defensa de derechos e intereses en un proceso que reúna todas las garantías constitucionalmente exigidas.

Este derecho fundamental formulado en sentido genérico por el Artículo 24.1 CE, puede subdividirse en otros derechos específicos, como son el derecho al libre acceso a la jurisdicción, a obtener una resolución sobre el fondo de la pretensión, a que se cumpla la sentencia y a la interdicción de la indefensión imputable al órgano judicial. Se concreta en el Artículo 24.2 CE, bajo la forma de unas garantías aplicables a cualquier tipo de proceso, incluido el procedimiento disciplinario militar cuando la sanción implique una privación de libertad, según reiterada jurisprudencia del TC. Esto implica que la Administración no puede sancionar libremente, pues su acción estará limitada por el procedimiento a seguir y que el administrado estará defendido por las garantías procesales del Artículo 24 CE.

No obstante, ciertos valores específicos como la disciplina o la relación jerárquica, que constituyen elementos básicos para el funcionamiento de las Fuerzas Armadas, podrían resultar menoscabados por la aplicación estricta e inconsiderada de las garantías procesales mencionadas. En este entendimiento, al ratificar el CEDH, España consignó su reserva sobre la aplicación de los Artículos 5 y 6 CEDH en la medida en que fueran incompatibles con el régimen disciplinario de sus Fuerzas Armadas.

Esto no significa que el régimen disciplinario sancionador en las Fuerzas Armadas esté huérfano de garantías, lo que ocurre es que presentará ciertas modulaciones o adaptaciones necesarias para la preservación de esos valores específicos y basilares de la Institución.

En la tradición jurídica española los militares han tenido vedado el acceso a los recursos jurisdiccionales, situación que cambió radicalmente con la vigente Constitución, que ha configurado este derecho como fundamental; por lo que tanto la jurisdicción ordinaria como la constitucional deben amparar su ejercicio, lo que inevitablemente alcanza a la jurisdicción militar.

El Artículo 106.1 CE asigna a los Tribunales el control de la actividad administrativa y, sobre la base del principio de unidad jurisdiccional y para el ámbito estrictamente castrense, se creó la figura procesal específica del “recurso contencioso-disciplinario militar”.

No obstante la posibilidad de recurrir los actos de la Administración en vía jurisdiccional, en el caso de las sanciones disciplinarias no es una cuestión pacífica. Tras un proceso de apertura paulatina iniciado en la ley disciplinaria militar de 1985, la vigente ley disciplinaria mantiene con carácter general la posibilidad de recurso jurisdiccional para las sanciones disciplinarias extraordinarias o por falta grave; pero en el caso de las faltas leves solo prevé el acceso al recurso especial contencioso-disciplinario militar, cuando la sanción afecte a los derechos fundamentales. Este vacío en la generalidad del control jurisdiccional sobre la actividad de la Administración pública, carece de una explicación convincente de base constitucional, aunque sí pueden adivinarse razones prácticas como la levedad de las sanciones o la necesidad de simplificar el ejercicio de la potestad sancionadora, de manera que no le reste la prontitud y eficacia que se pretende.

La jurisprudencia del TC pone de manifiesto la importancia de separar claramente los ámbitos disciplinario y penal militares, porque está en juego el disponer o no de un procedimiento con las debidas garantías.

Es cierto que el TEDH reconoce a los Estados un cierto margen de apreciación para organizar su sistema de disciplina militar, pero una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar ha de incorporar el sistema de valores de alcance universal de esta, por lo que, en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, se ha de respetar el contenido básico del derecho a la defensa, a semejanza con el ámbito penal. Las posibles limitaciones de las garantías procesales en aras de la preservación de la eficacia de la acción disciplinaria militar, no impiden que posteriormente pueda ejercitarse el derecho a la tutela efectiva reconocido en el Artículo 24.1 CE. Es mas, esta posibilidad de revisión posterior de las resoluciones adoptadas a cargo de órganos jurisdiccionales, es necesaria para que la acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional.

No obstante la reserva de aplicación del Artículo 6 CEDH, el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado en varias sentencias sobre el alcance y aplicación del citado artículo en el ámbito militar y ha sentado una doctrina aplicable tanto a la jurisdicción civil como a la militar; que en síntesis consiste en declarar que, en asuntos de justicia, hasta las apariencias son importantes, puesto que el sistema

tiene que inspirar confianza también a los procesados, lo que es relevante a la hora de apreciar falta de imparcialidad objetiva en el Tribunal (casos Castillo Algar y Perote Pellón).

Respecto a las sentencias del TEDH, el TC las da por ejecutadas y considera que la respuesta judicial obtenida en Estrasburgo satisface plenamente el contenido esencial del derecho a la tutela judicial, por lo que no admite el recurso de amparo como vía para ejecutar las sentencias del TEDH cuando no existan otros cauces legales para ello.

El TC ha ido depurando los preceptos de la ley procesal militar que se apartan del criterio de extender el control jurisdiccional a los procedimientos por sanciones disciplinarias, mediante la técnica de la cuestión de inconstitucionalidad. Así, la planteada sobre el Artículo 108.2 LOJM y el Artículo 127.1 LOPM, acerca del inciso “excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación” o sobre los apartados b) y c) del Artículo 468 de la Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, Procesal Militar (LOPM), en las que el TC reiteró su doctrina de que si bien la preservación de la disciplina puede justificar alguna limitación de las garantías procesales, esta preservación no queda desvirtuada con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el Artículo 24.1 CE.

En el caso del Artículo 468 b) la situación es que las sanciones impuestas por faltas leves no pueden ser impugnadas ante la jurisdicción militar por medio del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, excepto por el cauce preferente y sumario (para las que afecten a la libertad), por lo que la actividad sancionadora en materia de faltas leves estará exenta de control judicial salvo en el caso indicado. Considera el TC que esta imposibilidad colisiona con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

En el núcleo de las decisiones del TC está la reconsideración del concepto de disciplina militar estimando que, aun siendo consustancial con la organización de los ejércitos para el cumplimiento de sus misiones constitucionales, lo que podría justificar ciertas restricciones al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, “esto no implica que tal ordenación pueda escapar a los principios constitucionales, tal como viene expresa y terminantemente impuesto por el art. 8.2 CE”.

En resumen, el TC reconsidera el concepto de disciplina militar recogido en la legislación específica militar, alejándolo de un posible ámbito de autotutela fuera del alcance de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos; lo que es un indicio más de que ciertos conceptos jurídicos indeterminados, como disciplina u honor (sin por ello dejar de reconocer el esfuerzo hecho en su momento) se recogieron en las ROFAS desde una consideración en todo caso preconstitucional, por lo que el transcurso del tiempo ha ido evidenciando su falta de sintonía con la visión de estos conceptos desde un punto de vista estrictamente constitucional, que se va puliendo a golpe de sentencia, lo que lleva a la necesidad de replantearse estos conceptos.

La **evolución** es favorable a la tutela judicial efectiva para el militar, ya que si la legislación específica presenta ciertos obstáculos para esto, en particular para el caso de las sanciones disciplinarias, bajo la capa de la preservación de la disciplina, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en las decisiones del TEDH va reconduciendo las medidas procesales restrictivas a sus justos términos, sobre la base de una interpretación estrictamente constitucional de los principios que rigen el funcionamiento de las Fuerzas Armadas. En suma, la jurisprudencia constitucional apunta en la línea del pleno control jurisdiccional sobre el procedimiento disciplinario, para restringir el campo de la acción disciplinaria a sus justos límites, bien reduciendo los supuestos, bien limitando el tipo de sanciones, bien exigiendo un procedimiento en que se observen las normales garantías procesales con las mínimas modulaciones, que no excepciones.

15) El principio ***non bis in ídem*** significa la prohibición de aplicar doble sanción (penal y administrativa) cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. De estos tres elementos configuradores, el punto de conflicto suele estar en el fundamento.

El Tribunal Constitucional entiende que el principio ***non bis in ídem*** figura entre los de orden sustantivo del derecho penal y que está implícitamente incluido en el principio de legalidad. Su jurisprudencia ha ido evolucionando. En una primera etapa el TC consideró que el principio ***non bis in ídem*** era de aplicación general, excepto en el caso de las relaciones de sujeción especial, inaplicación que se justificaba en la no coincidencia de fundamento, es decir en la diversidad

de bienes jurídicos tutelados aún cuando coincidan los otros dos elementos (sujeto y hecho), no obstante, también advertía que las relaciones de sujeción especial no justifican por sí mismas la doble sanción. Una etapa posterior está marcada por la flexibilidad, para evitar que una vez constatada la sanción previa en la vía administrativa, los mismos hechos estén blindados ante la sanción penal desvirtuando así el principio. Más recientemente, adoptando una perspectiva material, el TC se aparta de su doctrina precedente para establecer que “el núcleo esencial de la garantía material del *non bis in ídem* reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente”, de manera que lo que se trata de evitar es el exceso o reiteración punitiva constitucionalmente inadmisibles.

En la vigente LORDFAS se recoge el principio *non bis in ídem* ciñéndose la excepción al caso en que los bienes protegidos sean distintos y en sus preceptos se percibe la preocupación del legislador por preservar la inmediatez de la sanción disciplinaria y, desde luego, por evitar que esta resulte imposible por su fricción con el procedimiento penal.

En resumen, hay excepciones a la aplicación del principio *non bis in ídem* en el ámbito de la jurisdicción militar y en la vigente ley disciplinaria se aprecia una mayor consolidación del concepto respecto a la anterior, en línea con la jurisprudencia constitucional, lo que aumenta la certeza jurídica y en consecuencia, consolida las garantías del justiciable.

16) La aparición de los **Consejos Asesores** de Personal está relacionada con la profesionalización de las Fuerzas Armadas, en cuyo contexto era preciso habilitar procedimientos ágiles de comunicación entre el conjunto de los militares y el Mando, con la finalidad general de canalizar las inquietudes y propuestas que pudieran formular sobre el régimen de personal y la *condición* de militar.

Los cuatro Consejos Asesores de Personal son órganos colegiados con funciones asesoras y consultivas, no órganos de representación colectiva. Su composición es paritaria y está presente la transversalidad de la política de igualdad de género.

Los componentes se nombran mediante el procedimiento del sorteo en lugar de la votación. Son materias de su competencia el régimen de personal y lo referente a la condición de militar, aunque hay materias expresamente excluidas, como las relativas a vivienda o las peticiones, quejas o recursos, para evitar que

se utilicen los Consejos como una vía para litigantes. No obstante, podrán analizar, valorar y emitir opiniones sobre planteamientos generales que se estimen de interés para el conjunto de las Fuerzas Armadas y nada impide que los Consejos reciban para su estudio consultas por parte de las autoridades competentes en materia de personal.

El engarce de los Consejos Asesores con las Reales Ordenanzas puede hallarse en los Artículo 203 y 205 ROFAS, sobre el derecho a dirigir propuestas y plantear asuntos, excluidos los directamente relacionados con la justicia, disciplina, orgánica, medios de equipo y material, instrucción y formación militar. Derecho a presentar propuestas que debe hacerse individualmente y por conducto regular.

Los Consejos son una cadena de transmisión de inquietudes, propuestas o sugerencias, pero sin capacidad decisiva alguna, en realidad son un filtro interpuesto entre el destinatario de la petición y el sujeto activo. Pueden tener utilidad para conocer el sentir de los miembros de las Fuerzas Armadas en determinadas cuestiones, pero carecen de poder resolutivo y si se observa que tienen poca capacidad real de influencia en las decisiones de la Administración militar, acabarán decayendo porque no se le formularán propuestas.

En cualquier caso, con los Consejos parece haberse buscado una solución alternativa para paliar una necesidad de expresar inquietudes profesionales.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El Ejército es una Institución ya existente en el Antiguo Régimen, que ha estado presente y activa en nuestro constitucionalismo histórico y que ha seguido las circunstancias cambiantes de este.

Ejército e Iglesia son Instituciones del Antiguo Régimen, pero mientras que el protagonismo de esta y sus relaciones con el sistema político fueron disminuyendo a lo largo del constitucionalismo histórico, asociado al tratamiento que constitucionalmente recibía el derecho a la libertad religiosa, en una tendencia clara a la separación entre Iglesia y Estado, la Fuerza Militar pervive con altibajos y vicisitudes de todo tipo.

Durante nuestro constitucionalismo histórico, el Ejército fue instrumento para la lucha dinástica, objeto de deseo partidista o popular para cambiar el poder, o de este para defender su posición. Apoyó el alumbramiento del régimen liberal, para acabar derribando al republicano, habiendo pasado por ser sostén de la Restauración y nervio de la Dictadura de Primo de Rivera, además de su papel durante el régimen de Franco.

SEGUNDA: El Ejército es una Institución con inercia para adaptarse a los cambios.

Esta característica puede tener varios orígenes, de una parte su papel en la defensa nacional, materializado en las misiones constitucionalmente establecidas, de otra, un marcado compromiso ético-profesional por parte de sus miembros de cumplir con su deber, cuya exigencia está reforzada penal y disciplinariamente y que llega hasta el deber de arriesgar la vida, lo que exige una convicción firme en la bondad de la causa que se sostiene, como fundamento estable para hacerlo efectivo. Además, la Institución se organiza sobre los principios de jerarquía, disciplina y unidad, como imprescindibles para conseguir la necesaria eficacia sin la que los ejércitos no tienen razón de mantenerse. Con estas premisas, es comprensible la resistencia al cambio tanto de la institución armada como de sus miembros.

TERCERA: Los militares han sido distinguidos con un estatuto o fuero particular desde el principio del constitucionalismo histórico, con limitaciones específicas y una norma legal de referencia que nació en el período del absolutismo.

El estatuto del militar se ha entendido y tratado como algo distinto, específico, digamos que al margen del diseñado por el constituyente para el común de los ciudadanos, y ha sido así desde la Constitución de Cádiz.

En los textos constitucionales se menciona la unidad de fuero y no obstante se admite, con distintas modulaciones, la necesidad de un fuero específico para el control de la fuerza militar y la disciplina de sus miembros.

Primero bajo la forma de “fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere”, de manera que el fuero estaba contenido en las Ordenanzas. Posteriormente, se regularon aspectos periféricos de organización y misiones de la fuerza militar que iban distanciando a la esfera militar del común de los ciudadanos, pero en lo tocante a derechos y libertades se hizo bien poco, porque al remitir a su fuero particular, las constituciones estaban validando un sistema regido por un texto absolutista.

Las sucesivas leyes constitutivas y la obra legislativa de la Restauración bordearon el núcleo del estatuto del militar sin entrar a regularlo, si acaso endureciendo más las condiciones, de manera que cuando se abría el campo para el civil, se restringía este para el militar.

En cierto modo, se configura al Ejército como una esfera semiautónoma (presupuesto, jurisdicción, jefatura real, etc) y al aceptar la Constituciones que el militar se rigiera por fuero separado y remitir sistemáticamente a la Ordenanza hacían una excepción en perjuicio del militar que seguía manteniendo, por decisión de los constituyentes, un estatuto poco sensible al progreso de su entorno en derechos y libertades.

En resumen, lo relevante es que durante el constitucionalismo histórico español, los militares estuvieron sujetos a una ordenanza del Antiguo Régimen del absolutismo, en mayor o menor medida, según se fue vaciando de contenido. Por lo que encontramos una fuerza militar constitucional regida por un estatuto absolutista, y este traje que se le imponía al militar se contradecía con las

declaraciones de derechos que para el ciudadano común proclamaban los textos fundamentales.

CUARTA: El carácter de los textos constitucionales y la recepción de la Fuerza Militar no se corresponden necesariamente con el estatuto personal del militar.

En principio cabría pensar que cuanto más abierto sea el sistema político-constitucional a la extensión y realización de los derechos y libertades, esta visión se trasplantará igualmente al estatuto personal del militar.

Pero no se observa una clara relación causa-efecto, una relación configuradora entre la recepción constitucional de la Fuerza Militar y el estatuto personal del militar, que conservó adherencias del Antiguo Régimen, debido a que el constitucionalismo mantuvo una visión antigua del estatuto personal de los militares. Aunque como Institución (Fuerza Militar) participó en el sistema constitucional, la incidencia de los textos fundamentales en el estatuto personal del militar no dejaron de ser tibias.

Obsérvese que la Constitución de Cádiz empleaba el término “gozarán” al referirse al fuero particular de los militares, lo que indica un concepto estamental del fuero, como distinción positiva o favorable sobre el que tiene el común de los ciudadanos. Dedicó su Título VIII (diez capítulos) a la Fuerza Militar Nacional, pero en cambio no contiene una declaración de derechos y, respecto a los militares, se remite a su fuero particular.

El Texto de 1876 es escueto tanto en el tratamiento de la Fuerza Militar (Título XII, un solo artículo), como en lo referente a derechos y libertades, que recoge en una declaración de derechos pero remite a la ley posterior para su regulación.

En cambio, el de 1931 no dedica un solo capítulo específico a la Fuerza Armada, solo algunas referencias dispersas, pero contiene una amplia declaración de derechos en la que no se advierte más precisión respecto a los militares que la prohibición del derecho de petición colectivo.

QUINTA: El intervencionismo o preponderancia militar en una coyuntura constitucional dada, no tiene por qué reflejarse en ventajas estatutarias para el militar.

Es un hecho contrastado la presencia o injerencia militar en el ámbito político durante los períodos constitucionales españoles, pero no puede afirmarse que esta circunstancia haya supuesto ventaja significativa para el estatuto personal del militar, según su diseño constitucional.

En principio, lo natural sería que las ventajas obtenidas en el terreno político se reflejaran en el estatuto de los militares. Pero del estudio del caso se observa que esto no es así. Por regla general, los militares no obtuvieron ventaja de esa preponderancia coyuntural, pero no por una especial inquina del poder legislativo sino, y esto es lo relevante, porque su estatuto se consideraba distinto y al margen del común, como situado en otra esfera de poder. Así se explica que Prim, tras imponerse en la Revolución de 1868 por medio del Ejército, desarrollara a continuación una reglamentación restrictiva sobre los derechos de los militares (específicamente) por medio de órdenes ministeriales, de cuya lectura se induce que el Ejército era un instrumento útil y poderoso para romper una situación o facilitar un cambio, pero que una vez utilizado había que mantener controlado y para ello no era necesaria habilitación legislativa o precepto constitucional alguno, por lo que cabe entender que la restricción de los derechos y libertades de los militares se entendía comprendida dentro de los poderes del ejecutivo.

SEXTA: Como colectivo social y como Institución pública, los problemas internos de la Fuerza Militar han trascendido en ocasiones al ámbito político, utilizando la presión al margen del sistema de derechos y libertades.

Entre otras razones porque el militar es el único colectivo que a lo largo del tiempo ha tenido la cohesión y la fuerza necesaria para esto.

Desde el punto de vista subjetivo, ¿cómo percibía el militar la necesidad de disponer libremente de sus derechos y libertades, y qué medios utilizaba para solucionar las necesidades que estos cubrían?

Pues la realidad es que hasta la Constitución de 1869, por lo accidentado, entrecortado y corta vigencia de las constituciones anteriores, no hubo lugar a ponerlos en juego. En cambio, durante el largo periodo de vigencia de la

Constitución de 1876, se produce una regresión, se crea un espíritu de cuerpo, se corporativiza, se separa lo militar de lo civil como dos ámbitos autónomos y de hecho, cuando se produce el fenómeno juntero, lo que se reclama prioritariamente no es el disfrute de sus derechos y libertades, sino concretas mejoras y cambios en el régimen profesional o cuestiones de carrera, y para poner esto en práctica pasaron por encima de sus posibilidades constitucionales al utilizar el procedimiento de las Juntas sin cuestionarse si podían o no recurrir, en un proceso mas largo y difícil, al mas natural de exigir su derecho a asociarse o a expresarse.

En suma, la solución de los problemas internos y particulares se busca al margen de las posibles aunque restringidas vías constitucionales, con el efecto no buscado de su fácil aprovechamiento por otros actores sociales o políticos y el hecho es que, aún fracasando, algunas demandas se conseguían ver reflejadas en la legislación posterior.

SEPTIMA: El encuadre y tratamiento que reciben las Fuerzas Armadas en la Constitución española de 1978 es singular en el ámbito comparado.

En los textos iberoamericanos se reconocen rasgos familiares del constitucionalismo histórico español y, en el tratamiento de los derechos y libertades, como núcleo del estatuto del militar, se refleja la trayectoria política del país considerado.

El militar es un ciudadano peculiar que recibe una atención amplia y personalizada en estos textos fundamentales y, en general, las excepciones estatutarias contempladas para el militar son gravosas en comparación con el estatuto del ciudadano común.

En los países occidentales de nuestro entorno, el encuadre constitucional de las Fuerzas Armadas no es uniforme. Normalmente se integran como elemento de la defensa nacional y no es común dedicarles un Título o Capítulo específico. Asimismo, en algún caso también se percibe claramente la conexión con el pasado reciente histórico y político. No se suele detallar su composición, que se deja al desarrollo legislativo, y la atribución del mando varía según el tipo de régimen, presidencialista o monárquico.

No abundan las precisiones respecto a los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares y la jurisdicción militar se restringe a su ámbito específico o a situaciones de guerra o asimilables.

En términos generales, se admite que la peculiar manera de afrontar la constitucionalización de las Fuerzas Armadas en la Constitución de 1978 nace de su peso en la transición política, lo que explica su tratamiento constitucional en algunos puntos, más que en razones de técnica legislativa, dado que la transición a la democracia se encaró como un proceso de reforma, pero apoyado en la legalidad del sistema anterior.

Reflejo de esta situación era la visión del estatuto personal de los militares. En realidad, los debates sobre derechos y libertades en lo referente a las precisiones o excepciones que se pudieran formular para los militares, no causaron gran expectación. Sin ser monolítico, el Ejército de 1978 mantenía un alto grado de cohesión interna y los militares tenían asumido su régimen específico. Tampoco había una experiencia previa de proximidad con el régimen del ciudadano común por lo que, desde dentro, seguramente se vería la cuestión como algo un tanto ajeno o distante.

En resumen, existía una clara visión institucional de las Fuerzas Armadas, si bien deformada por las tensiones del momento y la cuestión del estatuto personal ya venía incluida o resuelta en esa visión institucional.

Tomando como referencia solo una de las cuestiones que más debate ha provocado, como es el contenido del Artículo 8 CE y su ubicación en el Título Preliminar, considerando que no es frecuente que las Fuerzas Armadas cuenten con un artículo exclusivo sobre su composición y misiones, y menos que se incluya en una parte privilegiada del texto fundamental, podemos concluir que, en lo tocante al tratamiento constitucional de las Fuerzas Armadas, la Constitución española vigente está en una posición intermedia entre las iberoamericanas y las occidentales más avanzadas, lo que viene a reforzar la impresión de que cuanto más integradas están las Fuerzas Armadas en el contexto político y social, menos regulación presentan en el texto fundamental, lo que equivale a menos excepciones respecto al régimen común de los ciudadanos en materia de derechos y libertades.

OCTAVA: La opción constitucional sobre la naturaleza de las Fuerzas Armadas tiene incidencia importante sobre el estatuto personal de los militares.

La cuestión de la naturaleza de las Fuerzas Armadas ha sido ampliamente tratada en el campo de la sociología, destacando dos corrientes bien delimitadas, una institucional que ve al militar como un profesional de las armas que necesita poseer unos valores diferentes a los de la sociedad civil y que es miembro de una Institución del Estado bien diferenciada tanto en sentido jurídico como sociológico. Otra ocupacional, que considera al militar mas bien como un funcionario, miembro de una institución que ha de aproximarse todo lo posible a la sociedad civil y que, por ser parte de la Administración, no cabe admitir que tenga sus propias reglas distintas de las administrativas comunes.

Pero lo relevante es el efecto que la adopción de una u otra postura pueda tener para el estatuto personal del militar, al trasplantarla a la configuración jurídica de las Fuerzas Armadas a través de la política legislativa, porque lógicamente serán distintas las normas resultantes según el punto de vista adoptado. Legislación que si bien históricamente se ha configurado desde una visión institucional, hoy parece orientarse hacia un modelo ocupacional convergente con la sociedad.

En principio, ninguna de estas teorías doctrinales es aplicable en estado puro a todo el conjunto de las Fuerzas Armadas. No es conveniente aplicar la visión institucional extrema, porque favorecería la existencia de ciudadanos diferentes en cuanto a disminuidos en la plenitud del goce de sus derechos y libertades, además de regidos por principios o normas de conducta cuyo ajuste o compatibilidad constitucional habría que estudiar de cerca. Como tampoco interesa la aplicación pura y dura del modelo ocupacional, administrativista, porque despojaría al militar de cierta especialidad que, aunque le diferencie del funcionario común, es necesaria para el eficaz cumplimiento de sus importantes cometidos.

En síntesis, si optamos por la visión institucional, estaremos justificando la modulación del estatuto personal de los militares conforme a sus especiales características institucionales. Si lo hacemos por la ocupacional, no cabe aplicarles otro que el estatuto funcional de la administración general del Estado.

NOVENA: No es conveniente abandonar toda consideración institucional de las Fuerzas Armadas y del ejercicio profesional del militar.

El militar profesional se va alejando de la visión institucional y se va integrando en la ocupacional, esto es un hecho, pero lo que hay que valorar es si esto tiene incidencia sobre la eficacia de las Fuerzas Armadas. Dicho de otra manera y tomando esta eficacia como referencia, creemos que ambas posiciones deben compatibilizarse y que en el plano constitucional-organizativo deben respetarse las características que hacen reconocibles a las Fuerzas Armadas como una de las instituciones del Estado, sin que esto impida su organización e inserción dentro de la Administración del Estado; pero sin olvidar que existen Armas combatientes especialidades o tareas, en las que es imprescindible un fuerte componente institucional, como motor y nervadura de su actuación eficaz; al igual que existen otras especialidades en las que claramente será más eficaz su entendimiento y gestión bajo una óptica ocupacional.

Y esta distinción ¿en que afecta a los derechos y libertades?. Pues afecta en que si optamos por lo institucional, los derechos y libertades “preocupan” menos al interesado, porque obtiene la satisfacción de sus necesidades por otras vías, con las que se conforma; en cambio, si optamos por lo ocupacional, exigirá un estatuto paritario con el del ciudadano o el funcionario común.

Por razones de eficacia práctica, conviene potenciar los caracteres institucionales en determinados segmentos de las Fuerzas Armadas, en cambio, es preferible o incluso aconsejable potenciar los aspectos ocupacionales en otros. Pero también está claro que, por razones obvias, el estatuto personal de los militares ha de ser uno y sin excepciones, con independencia de su destino o especialidad, lo que obliga a adoptar una postura ecuánime.

DECIMA: El componente ético-profesional es un elemento básico del estatuto del militar.

El componente ético-profesional es un punto de interés legislativo, al que se le dedica amplia atención como instrumento regulador de la conducta, al margen y además de los instrumentos correctivos habituales que habilitan las leyes penal y disciplinaria, por lo que se mantiene y amplía la restricción de

comportamientos negativos o la fijación de conductas positivas en la nueva legislación (LODN, LCM, Ordenanzas).

Este componente se traduce en reglas y normas de comportamiento, en deberes morales, cuyo incumplimiento en la sociedad civil no tendría más efecto que cierto reproche. En cambio, en el contexto militar, estas normas sirven para integrar tipos penales y disciplinarios, generalmente en forma de conceptos jurídicos indeterminados, cuya infracción conlleva, además de un reproche social más intenso, una sanción disciplinaria o penal.

En suma, es clara la incidencia de este componente en los comportamientos, como así se refleja en la legislación y, pese a la tendencia ocupacional, parece que en la regulación futura del estatuto no se cederá en el interés por controlar al elemento humano, por esta vía.

UNDECIMA: No parece posible que el ciudadano militar se iguale absolutamente con el civil en cuanto al ejercicio de derechos y libertades.

O dicho de otra manera ¿podrían suprimirse todas las precisiones o excepciones constitucionales en esta materia sin merma para la eficacia de las Fuerzas Armadas?. Parece que no.

La existencia de las Fuerzas Armadas se justifica por su eficacia en un momento dado y podría parecer que la vigencia plena del sistema de derechos y libertades entre sus miembros pudiera constituir un obstáculo para esa eficacia. Pero es solo una apariencia, porque lo que realmente existe es una confrontación entre los derechos, libertades y bienes constitucionalmente protegidos que están en juego, lo que inevitablemente conduce a cesiones. Las precisiones o excepciones constitucionalmente fijadas tienen la finalidad de asegurar esa eficacia mediante la preservación de elementos o principios basilares de la institución armada, y el constituyente optó por explicitar estos recortes en el Texto constitucional como mejor técnica legislativa. La opción que entonces se adoptó parece acertada, porque en los treinta años de vigencia del Texto, la doctrina y esencialmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han ido asentando criterios para conducir a sus justos términos las limitaciones que pueda padecer el militar de carrera. Y parece acertada porque no es lo mismo partir de una precisión constitucional y desarrollar un criterio jurisprudencial, mas o menos firme

y claro, que hacerlo desde el planteamiento de conflictos entre derechos, libertades y bienes constitucionalmente protegidos, camino por el que posiblemente se habría llegado a un término parecido, pero también se habría hecho de manera más insegura e imprecisa.

DUODECIMA: Las Reales Ordenanzas han llegado hasta la actualidad (30 años) y han sido mantenidas como referencia válida por la jurisprudencia, esencialmente por razones de eficacia práctica.

El papel que hasta ahora cumplen las ROFAS, lo desempeñará próximamente la futura ley orgánica de derechos fundamentales de los militares, complementada con la LCM y las nuevas Reales Ordenanzas.

En esta ley ordinaria (ROFAS) cabe apreciar una visión antigua, según la cual se podía regular el ejercicio de derechos y libertades de los militares mediante una simple orden ministerial o ley ordinaria. Conviene recordar que la Comisión redactora de las ROFAS hizo el trabajo “desde dentro” de las Fuerzas Armadas, para regular el estatuto del militar de manera avanzada, con el afán de que sirvieran para el futuro y fuesen una norma completa que recogiera todos los aspectos del estatuto del militar, pero los redactores eran militares, no juristas. Decidieron tramitarlo en forma de ley, lo que quiere decir que se plantearon muy seriamente no hacerlo, dejando las ROFAS reducidas a una norma reglamentaria independiente u orden ministerial. Se atrevieron así a seguir el procedimiento legislativo ordinario, pero visto el trámite y el escaso debate que suscitaron, cabe preguntarse si tanto los redactores como los parlamentarios del momento eran realmente conscientes del alcance de la ley que estaban aprobando.

En cualquier caso, la razón prioritaria de su duración ha sido su eficacia práctica, mantenida por la jurisprudencia. Si hubiesen prosperado las opiniones que abogaban por su inconstitucionalidad, se habría planteado un incómodo problema jurídico y político. En cambio, es más sorprendente el reiterado fallo en la regulación orgánica de derechos y libertades, cuyo último hito es la vigente Ley Orgánica de la Defensa Nacional que dispone la actualización del régimen del personal militar, por medio de una ley orgánica en la que se regulará el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas. De la observación de la secuencia se deduce cómo ha ido evolucionando el concepto regulador, desde

“unas normas a dictar por el Gobierno” (ROFAS), de carácter claramente administrativo hasta el actual proyecto de ley orgánica.

Desde el punto de vista legislativo, el aspecto institucional y orgánico de la defensa militar está completo, pero no así el de personal, que lo está en aspectos administrativos de autoorganización pero es incompleto en cuanto a la regulación de derechos y libertades, aunque progresa adecuadamente en ese sentido.

DECIMOTERCERA: La cuestión central de las RdSE es la justificación de su existencia, por referencia a la Constitución.

¿Porqué ha perdurado la categoría “relaciones de sujeción especial” (RdSE) y aún es objeto de discusión doctrinal?. En síntesis, por la constatación de su eficacia y utilidad para allanar obstáculos para el funcionamiento de la Administración, que es un rasgo sobresaliente de las RdSE; para llenar espacios en el derecho positivo, en los que no se ha sabido o no se ha conseguido la plena eficacia del sistema de derechos y libertades; así como para motivar resoluciones jurisprudenciales.

La doctrina se divide, unos tratan de preservar la categoría RdSE por considerarla necesaria y eficaz, solo que adolece del necesario desarrollo teórico o concreción doctrinal y arrastra prejuicios o adherencias de otras épocas, por lo que hay que buscar su fundamento constitucional inequívoco y demostrar que cubren un hueco específico; otros, restringen su concepto y ámbito de acción a las que están reflejadas en la Constitución, con un criterio restrictivo y falta de confianza fundado sobre la convicción de que, de hecho, afectan gravemente a la seguridad jurídica; también hay quien opina que es preciso fijar la lista de las RdSE existentes en nuestro ordenamiento, desde el derecho positivo y evitando asimilaciones o equivalencias tomadas de derechos extranjeros; asimismo, otros estiman que las situaciones que ahora se consideran RdSE no reúnen las características que se predicán de ellas, que no se dan en estos casos y que solo se enumeran las situaciones RdSE pero sin haber logrado un concepto suficientemente elaborado.

DECIMOCUARTA: No parece posible fijar un concepto inequívoco de relación de sujeción especial.

En general, la doctrina evita las definiciones y se queda en lo descriptivo buscando notas características que permitan perfilar el concepto, lo que no es mas que una prueba de la dificultad de su comprensión.

Es difícil dar una definición única, más bien habrá tantas como RdSE, por lo que parece que habrá que conformarse con descubrir las líneas maestras de la categoría, sobre la base de las notas más comunes aceptadas por la doctrina, que basten para identificar la existencia de una RdSE, con claridad y fundamento.

El Tribunal Constitucional entiende las RdSE como el marco en el que se dan ciertas medidas limitadoras o restrictivas para el ejercicio de los derechos fundamentales, pero el problema sigue siendo fijar los límites de ese marco. No obstante, la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, va reduciendo progresivamente el ámbito de actuación de las RdSE, empleando otros medios o técnicas para salvar el interés general sin necesidad de recurrir a estas.

DECIMOQUINTA: Las relaciones de sujeción especial, tal como se conciben hoy, tienen poco o nada que ver con las del mismo nombre del pasado.

Se mantiene la misma denominación (RdSE) para expresar realidades distintas que han ido cambiando en el transcurso del tiempo. En el fondo se hace un empleo incorrecto de la expresión RdSE, porque son escasos los parecidos entre esta categoría actual y la de la doctrina alemana decimonónica.

Las RdSE entendidas en su sentido clásico, estaban basadas en el principio monárquico, dualista, por lo que el nombre RdSE llama a engaño; puede utilizarse por comodidad, pero teniendo claro que estamos reciclando una palabra, un concepto que refleja una realidad distinta de aquella para la que fue creado.

El fundamento de la RdSE ya no es un poder de disposición en el ámbito autónomo de la Administración correspondido por una voluntaria dejación de derechos por parte del administrado. Ahora, es una precisión o distinción que el constituyente ha fijado en sede constitucional para determinadas categorías de personas y con distinto alcance, en atención a la preservación de ciertos bienes constitucionales que, al entrar en conflicto con ciertos derechos y libertades, obligan a estos a ceder terreno a favor de aquellos.

Realmente, sería más práctico y correcto sería llamarle estatuto, en lugar de RdSE, porque estatuto sugiere posición (fijada por la Constitución) desde la que se sostiene relaciones de toda índole. Lo que condicionan estas relaciones es el punto o situación de partida, que es diferente para el militar y para el ciudadano común. En resumen, sí al estatuto, no a la RdSE, porque es más congruente con el sentido propio de la Constitución vigente que fija posiciones por las limitaciones que expresa para algunos.

DECIMOSEXTA: La categoría RdSE es una construcción doctrinal bastante útil para comprender el ámbito relacional en que se desenvuelve el militar de carrera.

Son notas significativas para perfilar la relación de sujeción del militar de carrera, las de acentuada situación de dependencia, estado general de libertad limitada, existencia de una relación personal, indeterminación de las prestaciones y la intensidad de las intervenciones coactivas, obediencia primada, voluntariedad en la prestación, duradera y efectiva inserción del administrado, finalidad de eficacia administrativa como justificación de la relación, régimen jurídico y disciplinario peculiar. Añadiremos el "factor idiosincrasia", por el poder de autocontrol que ejerce la visión personal del militar acerca de su posición en relación con el poder o la autoridad, que le lleva a reprimir sus quejas por estimarlo poco profesional y próximo a esas manifestaciones de tibieza que proscriben las Ordenanzas.

Como se ha visto, la relación de sujeción del militar responde punto por punto a las notas características más significativas acuñadas por la doctrina, que además están plasmadas en los textos legales de su régimen jurídico, que las hacen así suficientemente operativas.

DECIMOSEPTIMA: No se han agotado las posibilidades de mejora del estatuto del militar, conforme a la Constitución de 1978.

La Constitución de 1978 ha sido particularmente avanzada en cuanto al tratamiento de los derechos fundamentales, a los que dota de una posición central y preferente en el contexto constitucional. Pero aunque recoge un catálogo cerrado de derechos y libertades, el sistema no es tan impermeable como

aparenta, porque existen vías de apertura a través de los tratados o convenios internacionales ratificados por España, en concreto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH), dada su influencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por otra parte, el legislador dispone de cierta capacidad de configuración de los derechos y libertades según la habilitación que el texto constitucional le haya otorgado, en una actuación legislativa que puede consistir en el desarrollo o en la regulación de su ejercicio.

En cuanto al desarrollo de estos derechos, cabe preguntarse si mediante la adaptación de la situación del militar en las distintas leyes orgánicas que desarrollan los derechos y libertades hubiera sido suficiente. Es posible, pero no se ha hecho o se ha hecho poco, por otra parte y como mejor técnica legislativa, tampoco se ha desarrollado todavía en un único texto legal, todo lo referente al ejercicio de derechos y libertades de los militares pese a sucesivos compromisos del legislativo, todos incumplidos.

Está generalmente aceptado que no hay derechos absolutos, que todos tienen limitaciones y que los derechos fundamentales están limitados por otros derechos o bienes constitucionales. Existe además un límite general para el ejercicio de los derechos fundamentales que está expresado en el Artículo 10.1 CE es decir, la dignidad de la persona y sus derechos, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley. Pero por otra parte, el constituyente juzgó oportuno explicitar ciertos límites objetivos para fijar el contorno natural de algunos derechos, bien por su posible rozamiento con otros, bien por razones de interés general, que resultan así limitados “en menos” respecto a lo que sería propio de su naturaleza.

En el caso de las RdSE el constituyente ha expresado ciertos límites en atención a las personas, añadidos a los límites objetivos que se le hubiera fijado al derecho concreto, incluso habilitando al legislador para que sea él quien decida si limitar el derecho o exceptuarlo en razón de estas circunstancias subjetivas. Por ejemplo, en el caso de los militares, el derecho a sindicarse libremente podrá ser limitado o exceptuado por la ley y el derecho de petición solo podrá ejercerse individualmente y según su regulación específica.

También existen límites implícitos a los derechos fundamentales derivados de su ejercicio en concurrencia con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, con los que pueden entrar en conflicto al ejercerse. El instrumento utilizado en estos casos es el criterio de ponderación de bienes, que es de especial interés para el caso de las RdSE, en las que se produce una confrontación entre el goce pleno de los derechos fundamentales y el interés público revestido de formas como la preservación de la disciplina o la unidad, el interés del servicio y otras, que son bienes con distinto grado de concreción pero firmemente arraigados y que pueden poner en peligro la eficacia de los derechos fundamentales, en caso de no conseguir ajustar correctamente estas manifestaciones del interés público perseguido. El peligro es real porque muchos de estos conceptos son anteriores a la positivación de los derechos fundamentales y su propia expresión mediante formulaciones vagas o genéricas puede plantear dudas, erosionando la eficacia práctica de los derechos fundamentales, así que lo propio es ceñirse a la Constitución, para que solo sean tenidos en consideración a estos efectos los bienes o valores que estén recogidos en o configurados conforme a ella.

DECIMOCTAVA: Los tratados internacionales inciden en el estatuto del militar de carrera, facilitando mejoras o apoyando restricciones.

En el proceso europeo de convergencia política, ocupa un lugar relevante el tratamiento y la preocupación por los derechos y libertades. No obstante, su sistema de protección es complejo por la concurrencia de varios ordenamientos jurídicos competentes para la regulación y garantía de derechos y libertades, con distinto nivel o intensidad, como son las Constituciones y ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, el sistema normativo del CEDH y el Derecho comunitario europeo. Pese a esto, la relación entre estos ordenamientos, genera un efecto sinérgico en mutuo beneficio.

El CEDH estableció un catálogo de derechos fundamentales, que se ha ido ampliando mediante protocolos adicionales, como *estándar* mínimo que debían respetar todos los Estados pertenecientes al Consejo de Europa, pero tampoco estos derechos son absolutos y es posible su limitación en situaciones extraordinarias, en los casos y con las condiciones que establece el propio CEDH,

así como también es posible limitar la mayoría de los derechos en situación ordinaria y siempre que esta limitación supere el llamado “*test* de Estrasburgo” (predeterminación legal, protección de bienes jurídicos especificados y necesidad de la medida “en una sociedad democrática”).

No obstante, la incidencia de las normas internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno es relativa, porque suelen tener contenidos mínimos que ya están contemplados en la legislación interna y, en cualquier caso, las naciones se cuidan de ratificar con la inclusión de reservas para la protección de ciertos aspectos de su derecho interno.

Por otra parte, los aspectos militares de la política de defensa europea han sufrido un impulso importante en los últimos años por lo que, al tiempo que se producen avances en la defensa común, los aspectos relacionados con el estatuto personal de los militares en los Estados miembros, resultarán afectados en alguna medida.

DECIMONOVENA: La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo influye en la del Tribunal Constitucional para el ajuste de los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es un auténtico órgano jurisdiccional ante el que pueden presentar sus demandas los nacionales de cualquier Estado miembro, lo que ha permitido un desarrollo jurisprudencial muy importante para la eficacia del CEDH.

El CEDH contiene cláusulas de excepción a algunos derechos, fundadas en motivos de seguridad nacional, orden y moral públicos y respeto a los derechos ajenos. Pero solo se menciona al personal militar respecto a los derechos de asociación (sindicación) y de reunión, por lo que reviste interés el posible margen de interpretación del tratado o convenio, para ir perfilando por vía jurisprudencial el contorno de los derechos, como es el caso del TEDH respecto a los contemplados en el CEDH, con clara influencia en las sentencias del Tribunal Constitucional.

En las sentencias del TEDH se observa que las limitaciones a los derechos fundamentales que cabe imponer están dirigidas a preservar los fines que persigue la Institución en que está inserto el sujeto afectado, lo que en el caso de

las Fuerzas Armadas induce a preservar la disciplina; pero el problema es que la tradición militar de los ejércitos europeos es distinta, así como su concepto de la disciplina y sus manifestaciones, por lo que es difícil encontrar un mínimo denominador común, un *estándar* europeo de referencia que permita medir cuando una sanción disciplinaria es excesiva o es admisible para el conjunto de los Estados miembros, como medida necesaria en una sociedad democrática.

El TEDH considera que las restricciones al personal militar tienen su fundamento en las peculiaridades profesionales, siempre que estas restricciones encuentren amparo en el CEDH, y ha establecido la aplicabilidad general del CEDH tanto a civiles como militares sin distinción, aunque también estima admisible una diferencia de trato para el personal militar en materia de ejercicio de derechos fundamentales.

VIGESIMA: Se observa un propósito firme de integrar el estatuto del militar (con sus especialidades) reduciendo sus diferencias respecto al ciudadano común. Aunque aún se advierten adherencias del pasado en el actual estatuto.

En esta integración, que avanza por vía jurisprudencial y también favorecida por los compromisos internacionales, se observa una tendencia reductiva del ámbito de la jurisdicción militar para ajustarla a sus términos exactos, al tiempo que también se percibe una tendencia expansiva a favor del ejercicio de los derechos fundamentales del militar.

La Constitución de 1978 apunta en su texto a favor del estatuto del militar de carrera, no porque no mantenga distinciones, sino porque al menos, las establece con claridad.

Las adherencias del pasado se van depurando por vía jurisprudencial.

Por ejemplo, la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, se arrogaba en su preámbulo el haber innovado profundamente los criterios y formas que desde el siglo XIX han llegado hasta hoy. Así, atribuía exclusivamente la función jurisdiccional a los órganos judiciales militares, excluyendo de esta función a los Mandos a los que tradicionalmente se les había concedido el ejercicio de jurisdicción. Pero no obstante, reconocía legitimación especial en el recurso de casación a los “mandos

militares superiores”, para que pudieran velar en el seno de la jurisdicción por la disciplina y otros intereses esenciales de los ejércitos. Esta especialidad que no tiene parangón en ningún otro orden jurisdiccional, fue suprimida en el año 2003.

También pueden citarse las limitaciones procesales que se imponían para litigar contra un superior jerárquico en la jurisdicción militar, sobre la base de la preexistencia de una relación jerárquica entre las partes.

VIGESIMOPRIMERA: En el estatuto del militar abundan los conceptos jurídicos indeterminados.

Los derechos fundamentales se desarrollan por ley orgánica y se regula su ejercicio por ley ordinaria, que debe respetar su contenido esencial, y esta es una clave de la configuración del estatuto del militar. Porque no solo se puede incidir en múltiples aspectos para ajustarlos, sino que además, el punto de arranque de estas modulaciones suele estar en conceptos indeterminados que se escapan a la concreción exacta, como las asociaciones de “naturaleza o finalidad reivindicativa” o “legalmente autorizadas”, el hacer uso de la “condición militar”, el arresto preventivo “en el lugar que se designe”, las cuestiones que “pudieran perjudicar” la seguridad nacional, etc.

Todos estos son conceptos a concretar y en algún caso a revisar. Por ejemplo la disciplina, que no debe trascender de las necesidades estrictas de funcionamiento de la institución.

¿Cómo entender la disciplina?. Indudablemente como instrumento privilegiado para conseguir la eficacia en los fines de las Fuerzas Armadas constitucionalmente marcados. En cambio, no cabe entenderla como un medio socorrido para encubrir fallos legislativos o hacer mas cómoda la tarea del ejecutivo, desempeñando un papel parecido al de las relaciones especiales de sujeción hasta bien entrada la Constitución vigente.

El punto de vista que se adopte no es inocuo para el tratamiento de los derechos y libertades del militar.

El Tribunal Constitucional estimó que, aun siendo consustancial la disciplina con la organización de los ejércitos, lo que puede justificar ciertas restricciones al derecho a la tutela judicial efectiva, “...esto no implica que tal ordenación pueda escapar a los principios constitucionales, tal como viene

expresa y terminantemente impuesto por el art. 8.2.CE". En resumen, el TC reconsidera el concepto de disciplina militar recogido en la legislación específica militar, alejándolo de un posible ámbito de autotutela fuera del alcance de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, lo que es un indicio más de que ciertos conceptos jurídicos indeterminados, como disciplina u honor se recogieron en las ROFAS desde una consideración en todo caso preconstitucional, por lo que el transcurso del tiempo ha ido evidenciando su falta de sintonía con la visión de estos conceptos desde un punto de vista estrictamente constitucional.

El honor no aparece en la ley disciplinaria y la dignidad lo hace como "dignidad militar". En cambio sí son conceptos manejados en las ROFAS y en la ley penal militar. Ambos conceptos, disciplina y honor, forman entre el elenco de los conceptos jurídicos indeterminados que son "determinantes" para entender o imponer ciertas diferencias estatutarias.

Además, en el vigente Código Penal Militar se mantiene un margen para la graduación de las penas, a las que pueden agregarse efectos específicos como la pérdida, suspensión o deposición de empleo. El Artículo 44 CPM facilita alternativas para tiempo de guerra, en una redacción ambigua sobre el cumplimiento de las penas privativas de libertad, que "podrán ser cumplidas en funciones que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina"; lo que encierra la posibilidad de un endurecimiento añadido, por ejemplo, por el cumplimiento en unidades disciplinarias o en cometidos *ad hoc*.

Por tanto, es necesario reconsiderar estos conceptos para su correcto encuadre por referencia a la Constitución, profundizando en las técnicas para su control y determinación, depurándolos a la luz de los principios y valores constitucionales; para evitar que al amparo de interpretaciones interesadas se justifiquen limitaciones a los derechos fundamentales, ya que ni la disciplina militar, ni en el principio jerárquico, deben exceder su propio ámbito que es el de la organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas. En esta tarea es fundamental la labor del Tribunal Constitucional para entender correctamente conceptos como disciplina, jerarquía, obediencia u honor, porque este

entendimiento se reflejará en el tratamiento de los derechos y libertades del militar.

Todas estas cuestiones singularizan el estatuto jurídico del militar, porque el legislador amplía o interpreta extensivamente los límites constitucionales y además trasluce en la elaboración de sus normas una tendencia restrictiva, cuando los derechos fundamentales deben interpretarse justamente en sentido contrario, es decir, de la forma más amplia y más propicia a su realización efectiva.

VIGESIMOSEGUNDA: Existen precedentes históricos de la situación estatutaria actual.

La situación actual recuerda la primera mitad del periodo de la Restauración, durante la vigencia de la CE1876, en la que se dieron las condiciones objetivas de estabilidad y duración para poner en orden tanto la organización militar como su ordenamiento jurídico. Ambos aspectos ya no encontraban respaldo en las anticuadas Ordenanzas de Carlos III, por lo que se sucedieron los intentos de reforma en lo organizativo y en lo legislativo. Pero como no se consiguió adaptar ni derogar las Ordenanzas, se optó por la vía de desarrollar los aspectos necesarios que las fueron vaciando de contenido, por ejemplo, el Reglamento para el Servicio en Campaña (1882) o el Código de Justicia Militar.

A la altura del año 2008 es claro que se le está dando una segunda vuelta a la legislación militar básica del estatuto personal, elaborada durante la vigencia de la actual Constitución. Así, vamos por la tercera entrega de la ley de personal (1989, 1999, 2007), la segunda de la ley disciplinaria (1985, 1998), las leyes penal y procesal han sufrido reformas puntuales, las Reales Ordenanzas han visto rebajado su rango legal y están pendientes de sustitución y la Ley Orgánica de Defensa Nacional ya es la tercera. En cada uno de estos hitos se percibe mas soltura por parte del legislador, que efectivamente va reduciendo ámbitos específicos y afinando conceptos.

VIGESIMOTERCERA: El punto de apoyo de las limitaciones del estatuto jurídico-constitucional del militar de carrera es la relevancia constitucional de las misiones de las Fuerzas Armadas.

Que obliga a una configuración específica e idónea de estas y exige que estén organizadas según un sistema jerárquico y disciplinado. Esta exigencia conlleva una singularidad estatutaria que está configurada por la sujeción a unos principios característicos (disciplina, jerarquía y unidad), a unas reglas de actuación profesional y a las leyes penales y disciplinarias militares, de lo que se deriva que el militar tenga un régimen específico, que en distinto grado o intensidad condiciona el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades diferenciándolo del régimen del ciudadano común.

Por otra parte, la prevención frente a la influencia de las Fuerzas Armadas en ámbitos que les son constitucionalmente ajenos, se traduce en la exigencia de neutralidad al militar, no solo por la vía penal o disciplinaria sino también a través de limitaciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que tradicionalmente se les ha restringido el ejercicio de los derechos relacionados con actos de carácter político (reunión y manifestación) o de expresión colectiva.

VIGESIMOCUARTA: En el plano constitucional, hay cuatro derechos que presentan previsiones limitadoras explícitas para los miembros de las Fuerzas Armadas: vida, participación, sindicación y petición.

La evolución del tratamiento del derecho a la vida y a la integridad física y moral, parece que ha iniciado un camino sin retorno. No obstante, se ha subrayado que la posibilidad constitucional para el retroceso continúa abierta, porque la supresión de la pena de muerte es solo legal y no constitucional. En cualquier caso, se ha eliminado un importante elemento diferencial del estatuto personal del militar de carrera que, en este punto, ha evolucionado favorablemente.

Respecto al derecho de participación, el derecho de sufragio pasivo se le niega explícitamente a los militares profesionales en servicio activo, que serán en todo caso inelegibles, lo que ha sido criticado por la doctrina que lo ha visto como una prueba cierta del carácter restrictivo del *estatus* político de los militares;

porque se traduce en la imposición de condiciones más gravosas, más que por los inconvenientes que se pudieran oponer al acceso a la carrera política, por las consecuencias que conllevaba respecto a la carrera militar la mera participación en un proceso electoral. No obstante, la configuración del necesario pase a la “situación administrativa que corresponda” para optar a esta participación política, ha ido cambiando favorablemente en las sucesivas leyes de personal, suavizando esta *dísuasión* legislativa, por lo que el ejercicio del derecho de participación por los militares ha evolucionado favorablemente, de manera que tras la aprobación de la Ley de la carrera militar, las diferencias respecto a otros colectivos son ya menores.

En la opción del legislador por la exclusión del derecho de sindicación, puede haber pesado la finalidad de preservar la neutralidad política de las Fuerzas Armadas, que se entiende necesaria para el mejor servicio de los intereses generales, además, existen otras razones como la preservación de la jerarquía y la disciplina. En cuanto al derecho de huelga, uno de los instrumentos más radicales para la defensa de los intereses, generalmente los ordenamientos prohíben su ejercicio a los militares porque, como ha subrayado la doctrina, choca frontalmente con la disciplina militar ya que no es imaginable un ejército en huelga. La evolución de ambos derechos se presenta dudosa, pero parece moverse muy lentamente a favor del derecho de sindicación, por la vía de las asociaciones profesionales.

Padecen limitaciones en el ejercicio del derecho de petición los militares o miembros de cuerpos sometidos a disciplina militar, aunque la prohibición se ciñe a las peticiones relacionadas con la condición o ejercicio profesional y no a las peticiones que pudieran ejercerse desde su condición estricta de ciudadanos.

El ejercicio del derecho de petición puede estar sometido a ciertas formalidades que, en el caso de los militares, están fundadas en motivos entre los que destaca la salvaguardia de la disciplina, por el deterioro que para esta pueden ocasionar las reclamaciones y quejas formuladas al margen del conducto reglamentario o vía jerárquica; además del efecto intimidatorio que puede ejercer una petición hecha por militares colectivamente. Razones por las que el texto constitucional impone el ejercicio individual y conforme a la legislación específica

y además se asegura el cumplimiento de estas limitaciones en vía penal y disciplinaria.

El límite general es la imposición de forma escrita, además del específico de ejercicio individual y reglado por su legislación propia, lo que es un límite, no una supresión del ejercicio del derecho. En el ámbito militar, el derecho de petición aún cuenta con posibilidades prácticas en ámbitos discrecionales de actuación técnica, como es el caso del ejercicio del mando militar.

Como resumen, es claro el interés del legislador por mantener el derecho de petición bajo control, manifestado en la atención que se le presta en los diversos textos legales militares, lo que contradice las opiniones doctrinales sobre su obsolescencia o carácter residual. No obstante, la regulación dista de ser clara y precisa, con exceso de control, lo que produce un efecto disuasorio sobre el posible sujeto activo, que no ve ante sí una gama de posibilidades perfectamente deslindada, sino más bien un panorama inseguro.

La evolución futura no puede ser más que favorable y, pese a su carácter residual, el derecho de petición continuará teniendo juego en la legislación militar.

VIGESIMOQUINTA: El ejercicio de la libertad de expresión puede verse restringido o matizado para los militares, por el impacto sobre la disciplina o la unidad de las Fuerzas Armadas, que se apreciará en función de la calidad del sujeto o del puesto que ocupa en la escala jerárquica, el destino que desempeña y la repercusión en el servicio que pueda tener lo expresado.

Aunque las constituciones históricas españolas no lo han limitado expresamente, la legislación de desarrollo ha fijado limitaciones específicas para responder a necesidades esenciales de organización de la institución militar, lo que excluye o limita las opiniones cuya expresión pudiera introducir disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas.

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional declara constitucionalmente correcto que el legislador imponga límites al ejercicio de la libertad de expresión por los militares, siempre que esos límites respondan a principios o criterios esenciales para la organización de las Fuerzas Armadas en garantía de la disciplina y jerarquía así como de la unidad interna, ya que estas características

resultan indispensables para el cumplimiento de los fines de la organización militar.

Las razones para limitar la libertad de expresión del militar suelen materializarse en conceptos jurídicos indeterminados, lo que plantea problemas de inseguridad jurídica, y entre ellas brilla la preservación de la neutralidad política.

El blindaje legislativo que reviste el ejercicio llega a dificultarlo en extremo, porque el militar acaba no teniendo claro si puede o no puede expresarse. Por otra parte, la exigencia de autorización previa colisiona con la prohibición constitucional de cualquier tipo de censura previa.

No obstante, las limitaciones en el ejercicio de la libertad de expresión son posibles a la vista de la jurisprudencia del TEDH y existen también en otros países del entorno, por lo que quizás cabe únicamente una reconsideración de conjunto del tratamiento que actualmente recibe en la legislación específica (ROFAS, CPM, LRDFAS), a la búsqueda de elementos correctores alternativos y menos lesivos para el ejercicio de este derecho fundamental.

En cuanto a la posible evolución del ejercicio de la libertad de expresión por el militar, es clara la necesidad de avanzar en su realización, que ahora parece cohibida por la inseguridad de su ejercicio y la contundencia de las sanciones. En este sentido existen indicios favorables ya que por vía jurisprudencial se suavizan restricciones y por parte del legislador es una muestra de avance la reciente derogación del Artículo 179 ROFAS (por la Ley de la carrera militar), que limitaba la faceta pasiva de la libertad de expresión.

VIGESIMOSEXTA: La Constitución de 1978 no establece limitación alguna al ejercicio del derecho de reunión por los militares, pero su regulación orgánica remite a la legislación específica militar que se caracteriza por su extremo casuismo.

Además, la presencia de conceptos jurídicos indeterminados como la asistencia a reuniones "haciendo uso de su condición militar", es una dificultad añadida, cuya valoración dependerá de las circunstancias del caso.

La LODR remite a la legislación específica militar en dos casos. Por razón del lugar, cuando la reunión se celebre en recinto militar, será preceptiva la

autorización expresa del jefe de la unidad, buque o dependencia, los fines de la reunión deberán ser lícitos y la naturaleza de la reunión no podrá ser política, sindical o reivindicativa. Por razón de uso de la condición de militar, bien por asistir de uniforme o por mostrarla de otra forma. En este caso está prohibida su asistencia a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical.

En síntesis, el régimen de ejercicio del derecho de reunión y manifestación por los militares dista de ser nítido y presenta cierto confusionismo, entendemos que por la remisión que hace la LODR a la legislación específica sin considerar que se está refiriendo a las ROFAS. Incluso observamos limitaciones impuestas directamente en vía penal, como el tipo residual del Artículo 92 CPM “reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio”.

Respecto a la evolución probable, la regulación actual está en consonancia con el ámbito comparado y es compatible con las normas internacionales suscritas por España en esta materia. No obstante, cabe esperar que en la anunciada regulación en vía orgánica de los derechos fundamentales del militar se aclare esta regulación.

VIGESIMOSEPTIMA: El militar no está constitucionalmente excluido del ejercicio del derecho de asociación, ni existe habilitación al legislador para limitarlo y, no obstante, su ejercicio presenta importantes restricciones.

No obstante el silencio del texto de la Constitución, es un hecho que el ejercicio del derecho de asociación está restringido o limitado para los militares, como también es patente el interés que despierta entre los beneficiarios potenciales de este derecho.

La Ley Orgánica 1/2002 (LODA) remite a las normas propias reguladoras para el derecho de asociación de los militares, que están materializadas en los Artículos 181 y 182 de las Reales Ordenanzas. El primero impide a los militares la participación en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa, entendiéndose que la prohibición de sindicarse es absoluta mientras que la de asociarse lo es en función de la finalidad “reivindicativa”, introduciendo así una limitación, ni cierta ni previsible, que no tiene fundamento en el texto de la Constitución y que es susceptible de interpretación y aplicación extensiva por

parte de la Administración. El segundo impone la obligación de respetar cualquier opción política o sindical e insiste en el deber de mantener la neutralidad, redundando en lo dicho en el anterior artículo en el que prohibía “participar” y ahora añade no estar “afiliado ni colaborar”, “asistir a sus reuniones” ni expresar públicamente opiniones “sobre” ellas, de manera que es indudable el carácter restrictivo del régimen impuesto por este Artículo 182 ROFAS y las restricciones presentes en ambos artículos están reflejadas en la ley disciplinara.

Es comprensible el recelo con que históricamente se ha visto el ejercicio del derecho de asociación por los militares, así como es palpable que algunos sectores pretenden implantar asociaciones con fuerte carácter reivindicativo sobre la vía del Artículo 182 ROFAS que autoriza a pertenecer a asociaciones legales de tipo religioso, cultural, deportivo o social.

En los países del entorno, se acepta generalmente que las legislaciones nacionales pueden imponer limitaciones al ejercicio de este derecho por los militares.

El Tribunal Constitucional (STC 219/2001 de 31 octubre), desmontó la asimilación de asociaciones con fines reivindicativos a la categoría de sindicatos al subrayar que el derecho de asociación del Artículo 22 CE "se refiere a un género -la asociación- dentro del cual caben modalidades específicas" como los sindicatos, los partidos políticos y las asociaciones empresariales. Pero que nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del Artículo 28.1 CE. Esto supone una indebida restricción del derecho de asociación así como una indebida extensión del concepto de sindicato.

En cuanto a la posible evolución, es necesaria una clarificación legislativa, porque la situación actual, con una regulación apoyada en las ROFAS cuya constitucionalidad ha sido puesta en entredicho, no hace sino alimentar la conflictividad mientras no se delimiten claramente los contornos del asociacionismo militar, como vía para buscar la satisfacción de pretensiones por un cauce distinto de la “vela del Estado” por sus intereses que expresa el Artículo 181 ROFAS.

VIGESIMOCTAVA: Es constitucionalmente justificable que el militar reciba un trato desigual.

Entre los derechos y libertades cuyo ejercicio puede resultar afectado, pese a no estar específicamente limitado por previsión constitucional alguna, figura el derecho fundamental a la igualdad.

El criterio del Tribunal Constitucional para estimar la existencia de desigualdad, se apoya en tres requisitos: que las decisiones recurridas hayan sido dictadas por el mismo órgano jurisdiccional, que los casos sean esencialmente análogos y que el cambio de criterio respecto a la decisión precedente carezca de explicación razonable y razonada, además debe concurrir la proporcionalidad entre fines y medios, para aceptar la diferencia de trato en situaciones iguales. Considera el TC que, incluso dándose ciertas exigencias directamente vinculadas a garantizar la específica disciplina o la cohesión interna, el principio de igualdad impone que la exigencia normativa guarde relación directa y razonable con la finalidad perseguida por la misma norma, porque de lo contrario introduciría un factor discriminatorio.

Así, es posible dar un tratamiento penal diferente a los militares, al imponer el legislador sanciones distintas a las aplicables por el mismo delito a los civiles, porque este “plus” de punibilidad no será discriminatorio o desproporcionado siempre que tal diferencia esté fundada en la voluntad de proteger la peculiar naturaleza y funciones de la institución militar, que para el cumplimiento de sus misiones constitucionales debe estar organizada en forma específica y sus miembros sujetos a un régimen jurídico singular.

En cambio, la existencia de una relación jerárquica de subordinación o la disciplina militar no son, por sí solas, razones suficientes para infringir el principio constitucional de igualdad, si la diferenciación que amparan carece de una justificación objetiva y razonable dirigida a preservarlas.

VIGESIMONOVENA: Actualmente en España las mujeres pueden desempeñar cualquier puesto en el seno de las Fuerzas Armadas, sin limitación alguna.

Si en el ámbito comparado las legislaciones nacionales presentan variaciones y matices respecto a la posición de la mujer en las Fuerzas Armadas,

la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar se ha fijado entre sus objetivos el de alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres en todos los aspectos de acceso, formación y carrera militar; para los que recoge medidas específicas y, dada la transversalidad propia de las políticas igualitarias, se continuarán recibiendo y adaptando cuantas medidas legislativas se adopten con carácter general en este sentido, por lo que la evolución no puede ser mas que favorable.

TRIGESIMA: La constitucionalidad de la privación de libertad en el ámbito disciplinario militar no es una cuestión pacífica, ni doctrinal ni jurisprudencialmente.

Los militares han tenido tradicionalmente un régimen específico para su detención y arresto, lo que no obsta para que el TC se haya mostrado muy garantista y haya reiterado que el procedimiento de *habeas corpus* es procedente en los casos de sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración militar.

Entre los supuestos tasados de privaciones de libertad que recoge el Artículo 5.1 CEDH ("nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes"), no aparece mención a la disciplina militar. Pero el TEDH ha reconocido que los Estados gozan de cierto margen de apreciación para organizar su sistema disciplinario militar y además España hizo reserva de aplicación de los Artículos 5 y 6 CEDH en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones del régimen disciplinario militar por lo que, sin vulnerar el CEDH, en este ámbito es posible imponer sanciones disciplinarias que impliquen privación o restricción de libertad.

En la vigente ley disciplinaria se contempla la privación de salida, que no es estrictamente una restricción de libertad; el arresto en domicilio o Unidad, de uno a treinta días, que supone una efectiva restricción de libertad para el sancionado; el arresto de un mes y un día a dos meses, que se cumple interno en un establecimiento específico y que significa inequívoca privación de libertad; asimismo se contempla el arresto preventivo, que ha suscitado dudas respecto a su constitucionalidad.

La privación de libertad no es cuestión pacífica cuando se refiere al ámbito disciplinario. El TEDH distinguió entre lo que es privación, como equivalente a arresto muy riguroso o con internamiento en unidad disciplinaria y los arrestos normales, que no serían privación sino restricción de libertad.

En cuanto a la distinción entre restricción y privación de libertad que encierra el arresto por falta leve, la falta de acuerdo jurisprudencial se materializa en dos líneas. Por una parte el Tribunal Supremo, que siguiendo la doctrina del TEDH y distinguiendo entre sanciones restrictivas y privativas de libertad, sostiene que “el arresto por falta leve de uno a treinta días, a cumplir en el domicilio o en la Unidad, sin perjuicio del servicio, no constituye privación de libertad, sino simple restricción de la misma”. Por otra, el Tribunal Constitucional, que considera que las sanciones de arresto cualesquiera que sean, consisten en la privación de un derecho fundamental y que incluso el arresto domiciliario constituye no una mera restricción sino una verdadera privación de libertad, “ya que en este campo no existen ámbitos grises o indefinidos”.

En la evolución del derecho a la libertad personal en el ámbito militar, la jurisprudencia del TC es más avanzada que la del TS e incluso que las interpretaciones del TEDH. También es significativa la depuración frecuente de preceptos de la legislación específica militar, por la vía del recurso de amparo ante el TC, lo que induce a pensar que la tendencia es significativamente favorable al ejercicio del derecho a la libertad personal del militar.

TRIGESIMOPRIMERA: Existe un específico honor militar, que se manifiesta de manera práctica en una mayor exigencia profesional y que tiene su reflejo penal y disciplinario.

El “honor militar” se puede predicar tanto de las personas individualmente como de las Fuerzas Armadas como institución.

La jurisprudencia ha reconocido la existencia del honor como valor específico militar, entendido como una primordial y “depurada actitud moral” que ha de servir al militar como presupuesto para el más exacto cumplimiento de su deber, lo que se traduce en un “plus” de eticidad superior al exigible al ciudadano común y en una mayor exigencia de pulcritud profesional para sus miembros, lo que está estrechamente relacionado con la *condición* militar como “particular

manera de ser y actuar en pro de altos fines”. Como parámetro de conducta, el honor militar impone unas reglas de comportamiento cuya infracción puede resultar sancionada en vía penal o disciplinaria, en los casos en que las faltas al honor menoscaben la eficacia de las Fuerzas Armadas.

Desde un punto de vista objetivo, “los militares” son un conjunto de personas que puede ser objeto de ataques a su honor como tal colectivo, contra los que cabe defensa siempre que los afectados puedan identificarse individualmente. Finalmente, es indudable que el honor de las Fuerzas Armadas, como Institución del Estado, es un bien jurídico digno de protección.

La recepción legislativa del honor militar se ha hecho en dos campos. En el terreno de los principios, como uno de los inspiradores del exacto cumplimiento del deber, junto al amor a la Patria, disciplina y valor, así como sentimiento inspirador de una recta conducta (ROFAS). El otro campo es el ámbito disciplinario, ya que ese concepto del honor militar impregna las previsiones disciplinarias, con la exigencia del *estándar* mínimo de dignidad o conducta apropiada que se exige a todo militar, en forma de tipos sancionadores de conductas como el comportamiento escandaloso, la asunción de deudas injustificadas o la realización de actos contrarios a la condición militar. Además, el concepto de honor militar tiene un fuerte carácter expansivo, apoyado sobre la base de circunstancias como la ostentación de la cualidad de militar, las relaciones jerárquicas o el carácter del lugar donde se producen los hechos. De manera que resulta evidente la necesidad de depurar el concepto de honor militar, a la luz de los principios y valores constitucionales, para evitar que al amparo de interpretaciones interesadas se justifiquen limitaciones a los derechos y libertades.

En un esfuerzo por eliminar posibles distorsiones, la vigente Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, ha declarado prohibidos los Tribunales de Honor en el ámbito militar.

Respecto a la posible evolución, la relatividad o indeterminación del concepto de honor, unida a su rápida evolución por la incidencia de los usos sociales en este asunto, puede hacer que el “honor militar y el de los militares” quede un tanto retrasado en cuanto a la percepción de sus límites y contenido,

corriendo el riesgo de alejarse de la realidad social, por lo que es necesario profundizar en el perfil legal y en la interpretación jurisprudencial del concepto.

Pero dadas las características intrínsecas del derecho al honor, su carácter indefinido y su conflictividad con el derecho a la libertad de expresión e información, también cambiantes, será muy difícil alcanzar un concepto del honor que sea constitucionalmente nítido y estable, por lo que habrá que estar a la más reciente doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

TRIGESIMOSEGUNDA: Existen derechos para los que se han eliminado las posibles trabas o restricciones anteriores y cuyo ejercicio está formal y materialmente consolidado.

El ejercicio del derecho a la libertad religiosa está reconocido y asegurado en la legislación específica militar, tanto para los militares católicos como para los pertenecientes a otras confesiones. En cuanto a la posible evolución, está claro que no cabe pensar en retroceso alguno, con independencia de los problemas puntuales de aplicación práctica.

La justificación de las limitaciones a la libertad de circulación y residencia, en el ámbito militar hay que buscarla en el concepto “necesidades del servicio”, en su vertiente de disponibilidad. El Jefe de la Unidad u Organismo es competente para conceder las vacaciones o permisos, o denegarlos motivadamente y, por la razón de disponibilidad apuntada, tanto para territorio nacional como para el extranjero, se deberá comunicar el lugar o lugares donde se permanecerá.

TRIGESIMOTERCERA: Es preciso reconducir a sus justos términos la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y los valores específicos (disciplina y jerarquía).

Ciertos valores específicos como la disciplina o la relación jerárquica, que constituyen elementos básicos para el funcionamiento de las Fuerzas Armadas, podrían resultar menoscabados por la aplicación estricta e inconsiderada de las garantías procesales asociadas a la tutela judicial efectiva, por lo que al ratificar el CEDH, España consignó su reserva sobre la aplicación de los Artículos 5 y 6 CEDH en la medida en que fueran incompatibles con el régimen disciplinario de sus Fuerzas Armadas.

Esto no significa que el régimen disciplinario sancionador en las Fuerzas Armadas esté huérfano de garantías, lo que ocurre es que presentará ciertas modulaciones o adaptaciones necesarias para la preservación de esos valores específicos y basilares de la Institución.

En la tradición jurídica española los militares han tenido vedado el acceso a los recursos jurisdiccionales, situación que cambió radicalmente con la vigente Constitución, que ha configurado este derecho como fundamental. No obstante, la posibilidad de recurrir las sanciones disciplinarias en vía jurisdiccional no es una cuestión pacífica. Tras un proceso de apertura paulatina iniciado en la ley disciplinaria militar de 1985, la vigente ley disciplinaria mantiene con carácter general la posibilidad de recurso jurisdiccional para las sanciones disciplinarias extraordinarias o por falta grave, pero en el caso de las faltas leves solo prevé el acceso al recurso especial contencioso-disciplinario militar, cuando la sanción afecte a los derechos fundamentales. Este vacío en la generalidad del control jurisdiccional sobre la actividad de la Administración pública, carece de una explicación convincente de base constitucional, aunque sí pueden adivinarse razones prácticas como la levedad de las sanciones o la necesidad de simplificar el ejercicio de la potestad sancionadora, de manera que no le reste la prontitud y eficacia que se pretende.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional pone de manifiesto la importancia de separar claramente los ámbitos disciplinario y penal militares, porque está en juego el disponer o no de un procedimiento con las debidas garantías. Ha considerado que, por su propia naturaleza, el procedimiento disciplinario militar no puede quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar, pero que no obstante, se aplicarán las garantías procesales constitucionalmente exigibles, respetando al menos su contenido básico, para evitar que se produzca indefensión.

Es cierto que el TEDH reconoce a los Estados un cierto margen de apreciación para organizar su sistema de disciplina militar, pero una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar ha de incorporar el sistema de valores de alcance universal de esta, por lo que, en aquellos casos en que la

sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, se ha de respetar el contenido básico del derecho a la defensa, a semejanza con el ámbito penal. Por otra parte, las posibles limitaciones de las garantías procesales en aras de la preservación de la eficacia de la acción disciplinaria militar, no impiden que posteriormente pueda ejercitarse el derecho a la tutela efectiva. Es más, esta posibilidad de revisión posterior de las resoluciones adoptadas, a cargo de órganos jurisdiccionales, es necesaria para que la acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional.

Además, pese a la reserva de aplicación del Artículo 6 CEDH, el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado en varias sentencias sobre el alcance y aplicación del citado artículo en el ámbito militar y ha sentado una doctrina aplicable tanto a la jurisdicción civil como a la militar y que en síntesis consiste en declarar que, en asuntos de justicia, hasta las apariencias son importantes, puesto que el sistema tiene que inspirar confianza también a los procesados, lo que es relevante a la hora de apreciar falta de imparcialidad objetiva en el Tribunal.

El TC ha ido depurando los preceptos de la ley procesal militar que se apartan del criterio de extender el control jurisdiccional a los procedimientos por sanciones disciplinarias, mediante la técnica de la cuestión de inconstitucionalidad, y en el núcleo de sus decisiones está la reconsideración de principios centrales como son los de jerarquía y disciplina, con tendencia a aproximar la jurisdicción militar a la civil en cuanto a favorecer las posiciones procesales del militar.

La evolución es favorable a la tutela judicial efectiva para el militar, ya que si la legislación específica presenta ciertos obstáculos para esto, en particular para el caso de las sanciones disciplinarias, bajo la capa de la preservación de la disciplina, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en las decisiones del TEDH va reconduciendo las medidas procesales restrictivas a sus justos términos, sobre la base de una interpretación estrictamente constitucional de los principios que rigen el funcionamiento de las Fuerzas Armadas. En suma, la jurisprudencia constitucional apunta al pleno control jurisdiccional sobre el procedimiento disciplinario, para restringir el campo de la acción disciplinaria a sus justos límites.

TRIGESIMOCUARTA: En el ámbito militar es posible la doble sanción (penal y disciplinaria) por los mismos hechos.

El principio *non bis in ídem* significa la prohibición de aplicar doble sanción (penal y administrativa) cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando en cuanto a la justificación de la vigencia de este principio. En una primera etapa consideró que el principio *non bis in ídem* era de aplicación general, excepto en el caso de las relaciones de sujeción especial, inaplicación que se justificaba en la no coincidencia de fundamento, es decir, en la diversidad de bienes jurídicos tutelados aún cuando coincidan los otros dos elementos (sujeto y hecho), no obstante, también advertía que las relaciones de sujeción especial no justificaban por sí mismas la doble sanción. Una etapa posterior está marcada por la flexibilidad, para evitar que una vez constatada la sanción previa en la vía administrativa, los mismos hechos queden blindados ante la sanción penal desvirtuando así el principio. Más recientemente, adoptando una perspectiva material, el TC se aparta de su doctrina precedente para establecer que “el núcleo esencial de la garantía material del *non bis in ídem* reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente”, de manera que lo que se trata de evitar es el exceso o reiteración punitiva constitucionalmente inadmisibles.

En la vigente ley disciplinaria se ciñe la excepción del principio *non bis in ídem* al caso en que los bienes protegidos sean distintos y en sus preceptos se percibe la preocupación del legislador por preservar la inmediatez de la sanción disciplinaria y, desde luego, por evitar que esta resulte imposible por su fricción con el procedimiento penal.

En resumen, hay excepciones a la aplicación del principio *non bis in ídem* en el ámbito de la jurisdicción militar y en la vigente ley disciplinaria se aprecia una mayor consolidación del concepto, lo que aumenta la certeza jurídica y en consecuencia, consolida las garantías del justiciable.

TRIGESIMOQUINTA: Existen figuras y precisiones legislativas que intentan paliar deficiencias del actual estatuto del militar.

Pero estos intentos están destinados al fracaso, porque los derechos fundamentales son refractarios al tutelaje ajeno al marco constitucional.

En este aspecto cabe entender la aparición de los Consejos Asesores de Personal, que son órganos colegiados con funciones asesoras y consultivas, pero no órganos de representación colectiva. Su composición es paritaria y está presente la transversalidad de la política de igualdad de género. Pero solo son una cadena de transmisión de inquietudes, propuestas o sugerencias, sin capacidad decisiva alguna.

También cabe en este apartado la “tutela del Mando” por los intereses de sus subordinados y la “vela” del Estado (Artículos 99 y 181 ROFAS) a la que el Artículo 12 LCM añade la tutela en particular del régimen de derechos y libertades. Pero esta protección genérica de los intereses incidiría negativamente, por ejemplo, en un aspecto nuclear del derecho fundamental del Artículo 22 CE como es la libertad de los militares para crear asociaciones a las que encomendar la defensa de esos intereses.

TRIGESIMOSEXTA: El estatuto del militar está evolucionando en el sentido de acortar distancia con el del ciudadano común.

El estatuto del militar, tal como lo conocemos hoy, es decir: rígido, distante, confuso, inseguro, diferenciador, elaborado en una época y aplicado en otra, tratado con cautelas por el legislador..., toca a su fin.

Ya ha comenzado un proceso en el que se separará el grano de la paja. Los derechos fundamentales se tratarán en una norma con rango de ley orgánica; en las nuevas Reales Ordenanzas, se desarrollarán reglamentariamente las reglas de comportamiento del militar, adaptándolas al código de conducta de los empleados públicos; en todos los aspectos administrativos, es clara y decidida la convergencia con la Administración General del Estado.

A este proceso ayudarán factores antes inexistentes, como la experiencia de treinta años de vigencia de la Constitución, las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, la imbricación en Europa, así como el cambio en la percepción política y social del papel constitucional de las Fuerzas Armadas y de sus miembros.

APÉNDICES

ABREVIATURAS

AMR	Asociación Militar Republicana.
ARM	Asociación Republicana Militar.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
CE1812	Constitución Política de la Monarquía Española (19 marzo 1812).
CE1837	Constitución de la Monarquía Española (18 junio 1837).
CE1845	Constitución de la Monarquía Española (23 mayo 1845).
CE1869	Constitución de la Monarquía Española (5 junio 1869).
CE1876	Constitución de la Monarquía Española (30 junio 1876).
CE1931	Constitución de la República Española (9 diciembre 1931).
CE	Constitución Española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950.
CDFU E	Carta de derechos fundamentales de la Unión europea.
CIG	Conferencia intergubernamental.
CPM	Código Penal Militar.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
ET	Ejército de Tierra.
FAS	Fuerzas Armadas.
FD	Fundamento de Derecho.
FJ	Fundamento Jurídico.
LACE1889	Ley adicional a la Constitutiva del Ejército de 19 julio 1889.
LCE1878	Ley Constitutiva del Ejército de 29 noviembre 1878.
LCM	Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la carrera militar.
LJ1906	Ley de 23 de marzo 1906 de represión de los delitos contra la Patria y el Ejército (Ley de Jurisdicciones).
LJCA	Ley 29/1998 de 13 julio, de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa.
LOCOJM	Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar.
LOCPM	Ley Orgánica 13/1985, de 9 diciembre, de Código Penal Militar.
LODA	Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.
LODN	Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.
LODNOM	Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio, reguladora de los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar.
LODP	Ley Orgánica 4/2001 de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición.
LODR	Ley Orgánica 9/1983 de 15 julio, reguladora del derecho de reunión.
LOE	Ley Orgánica del Estado de 10 enero 1967.

LOHC	Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus.
LOLS	Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de libertad sindical.
LOPM	Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, procesal militar.
LOREG	Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, de Régimen Electoral General.
LORDFAS	Ley Orgánica 12/1985 de 27 noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
LORDFAS	Ley Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
LORDGC	Ley Orgánica 11/1991 de 17 junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.
LRPFAS	Ley 17/1999 de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.
LRPMP	Ley 17/1989 de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.
PIDCP p.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Página.
RDLAPS	Real Decreto Ley 10/1977 de 8 febrero, que regulaba el ejercicio de actividades políticas y sindicales por los miembros de las FAS.
RDCAPFAS	Real Decreto 258/2002 de 8 marzo por el que se regulan los Consejos Asesores de Personal de las Fuerzas Armadas.
ROET	Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra.
ROFAS	Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978 de 28 diciembre).
RdSE	Relaciones de sujeción especial.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.
STS ss	Sentencia del Tribunal Supremo. Siguietes.
TC	Tribunal Constitucional.
TCCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
UMA	Unión Militar Antifascista.
UMD	Unión Militar Democrática.
UME	Unión Militar Española.
UMRA	Unión Militar Republicana Antifascista.

BIBLIOGRAFÍA y FUENTES CONSULTADAS

AGUADO, Emiliano: *Don Manuel Azaña Díaz*, Biblioteca de la Historia de España, Ed. SARPE, Madrid, 1986.

AJA, Eliseo: "Introducción al concepto actual de Constitución", en estudio preliminar a LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Editorial Ariel S. A., Barcelona, 1984.

ALAIZ MIRANDA, Carlos: *El hombre militar. Rasgos morales de un oficio*, León, 1977.

ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando José: "La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares: libertad religiosa y aconfesionalidad estatal", *Revista Española de Derecho Militar n.º. 70*, julio-diciembre 1997.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento Constitucional español*, Universidad de León, 1996.

ALONSO BAQUER, Miguel: *El modelo español de pronunciamiento*, Ediciones Rialp S.A, Madrid, 1983.

ALONSO GARCIA, Ricardo: "El soft law comunitario", *Revista de Administración Pública n.º. 154*, enero-abril 2001.

ALONSO GARCIA, Ricardo: "El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Público, n.º. 13*, INAP, mayo-agosto 2001.

ALONSO GARCIA, Ricardo: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Editorial Aranzadi SA., Pamplona, 2007.

ALONSO IBAÑEZ, Ana Isabel: *Las Juntas de Defensa Militares (1917-1922)*, Tesis Doctoral, Ministerio de Defensa, Madrid, 2004.

ALPERT, Michael: *La reforma militar de Azaña (1931-1933)*, Estudios de Historia Contemporánea, Siglo XXI de España Editores S.A, Madrid, 1982.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. Isabel y ALCÓN YUSTAS, M^a. Fuenciscla: *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea (Texto y Comentarios)*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 1996.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: *Derecho político español. Según la Constitución de 1978 (I)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.

ALLI TURRILLAS, Juan Cruz: *La profesión militar. Análisis jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*, Ed. Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, Madrid, 2000.

ANDÚJAR CASTILLO, Francisco: *Los militares en la España del siglo XVIII. Un estudio social*, Biblioteca *Chronica nova* de estudios históricos. Universidad de Granada, 1991.

ARGÜELLES, Agustín de: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 'Castillo Algar', de 28 de octubre de 1998", *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 76, julio-diciembre 2000.

ASENSI SABATER, José: "Rumbos constitucionales en la Europa de los años noventa", en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Volumen Primero*, Tecnos, Madrid, 1997

ASTARLOA VILLENA, Francisco: "Los derechos y libertades en las Constituciones históricas españolas", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º. 92, abril-junio 1996.

ASTOLA MADARIAGA, Jasone: "Los principios generales del derecho comunitario y la garantía de los derechos fundamentales", *Revista Vasca de Administraciones Públicas* n.º. 52, septiembre-diciembre 1998.

BALAGUER CALLEJON, Francisco: "Constitución normativa y ciencia del derecho", en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Volumen Primero*, Tecnos, Madrid, 1997.

BALAGUER CALLEJON, Francisco: *Manual de derecho constitucional. Volumen I y II. (Capítulos V, VI, VII, VIII, IX, XXIV)*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa; Montilla Martos, José Antonio. Tecnos (2ª edición), Madrid, 2007.

BALAGUER CALLEJON, Francisco: *Manual de derecho constitucional. Volumen I. (Capítulo IX)*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa; Montilla Martos, José Antonio. Tecnos (3ª edición), Madrid, 2008.

BALAGUER CALLEJON, María Luisa: *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992.

BALAGUER CALLEJON, María Luisa: *Manual de derecho constitucional. Volumen I y II. (Capítulos X, XI, XVII, XVIII)*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa; Montilla Martos, José Antonio. Tecnos (2ª edición), Madrid, 2007.

BALAGUER CALLEJON, Francisco; CÁMARA VILLAR, Gregorio; MEDINA REY, Luís Felipe: *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008.

BALMES, Jaime: "La preponderancia militar", en *Obras Completas*, VII, BAC, Madrid, 1950.

BASSOLS COMA, M: "La Constitución y las Fuerzas Armadas", *Primeras Jornadas Fuerzas Armadas – Universidad, CESEDEN - COMPLUTENSE*, Madrid, 1982.

BAUTISTA SAMANIEGO, José María: "Derechos fundamentales y libertades públicas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas", *Revista Española de Derecho Militar n.º.54*, julio-diciembre 1989.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique: "Ante el desarrollo legislativo del derecho de petición. Materiales y opiniones", *Revista de las Cortes Generales n.º.52*. Primer Cuatrimestre, 2001.

BLANCO VALDÉS, Roberto L: *La ordenación constitucional de la Defensa*, Tecnos S.A., Madrid, 1988.

BLANCO VALDÉS, Roberto L: "Rey, Cortes y Fuerza Armada en el Trienio Liberal: Hacia la progresiva parlamentarización de la monarquía constitucional", en AA.VV, Edición al cuidado de Juan Cano Bueso, *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Parlamento de Andalucía, Ed. Tecnos S.A, Madrid, 1989.

BIGLINO CAMPOS, Paloma: "De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos n.º.97* (Nueva Época), julio-septiembre 1997.

BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Niceto: *Los Derechos del Hombre (Reflexiones sobre una crisis)*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1980.

BORRAJO INIESTA, Ignacio: "El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones", *Cuadernos de Derecho Público, n.º.10*, mayo-agosto 2000, INAP.

BUSQUETS BRAGULAT, Julio: *Pronunciamientos y golpes de Estado en España*, Editorial Planeta S.A, Barcelona, 1982.

BUSQUETS BRAGULAT, Julio: *El militar de carrera en España*, Ediciones Ariel, S.A, Barcelona, 1984.

BUSQUETS, Julio: "La legislación militar en la transición española (1977-82)", *Revista de las Cortes Generales n.º. 22*. Primer cuatrimestre, 1991.

CALAFELL CERRÁ, Vicente Juan: "Reflexiones sobre los Tribunales de Honor militares a propósito de la Sentencia del Tribunal constitucional 151/1997, de 29 de septiembre", *Revista Española de Derecho Militar n.º. 74*, julio- diciembre 1999.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: *Nacional-Catolicismo y Escuela. La Socialización Política del Franquismo (1936-1951)*, Editorial Hesperia, S.L, Jaén, 1984.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: "Analizar el franquismo: interpretaciones sobre su naturaleza", en *Política y Sociedad (Volumen I). Estudios homenaje a Francisco Murillo Ferrol*, CIS-CEC, Madrid, 1987.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales", en Miguel Ángel Aparicio (Coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas (Actas del Congreso sobre Derechos Constitucionales y Estado Autonomico)*, Cedecs, Barcelona, 2001.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: *Manual de derecho constitucional. Volumen I y II. (Capítulos XI, XVI, XVII, XXI, XXIV)*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa; Montilla Martos, José Antonio. Tecnos (2ª edición), Madrid, 2007.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: *Manual de derecho constitucional. Volumen II. (Capítulo XXIV)*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa; Montilla Martos, José Antonio. Tecnos (3ª edición), Madrid, 2008.

CARDONA, Gabriel: *El problema militar en España*, Biblioteca Historia 16, nº 23, Madrid, 1990.

CARRILLO, Marc: “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, mayo-agosto 1999, INAP.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: “¿Responde la Declaración Universal de 1948 a las exigencias actuales de los derechos humanos?”, en Fernández Sánchez, Pablo Antonio (Ed.), *La desprotección internacional de los derechos humanos (a la luz del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)*, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, 1998.

CASADO BURBANO, Pablo: *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, EDERSA, Madrid, 1982.

CASADO BURBANO, Pablo: *Iniciación al derecho constitucional militar*, EDERSA, Madrid, 1986.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Los derechos del hombre*, Instituto Editorial REUS, S.A., (2ª edición), Madrid, 1976.

CHRISTIANSEN, C: *Los orígenes del poder militar en España (1800-1854)*, Aguilar S.A, Madrid, 1974.

CLAUSEWITZ, Carlos von: *De la Guerra*, Ediciones Ejército, Madrid, 1978.

CLAVERO, Bartolomé: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1986.

CLAVERO, Bartolomé: *Manual de historia constitucional de España*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1989.

COMELLAS, José Luís: *Historia breve de España contemporánea*, Ediciones Rialp S.A, Madrid, 1989.

CORRALES ELIZONDO, Agustín: “Introducción y presentación. El marco constitucional de las misiones de las Fuerzas Armadas”, en *El marco jurídico de las misiones de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz*, Cuadernos de Estrategia nº. 116, febrero 2002, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid.

CORRALES ELIZONDO, Agustín: “Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas”, en García Lozano, Carlos (Director), *Jurisdicción Militar: aspectos*

penales y disciplinarios, Estudios de Derecho Judicial 112, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

COTINO HUESO, Lorenzo: "El principio de supremacía civil: perspectiva histórica y recepción constitucional", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n.º. 17, Valencia, 1996.

COTINO HUESO, Lorenzo: "La resolución de un largo debate en España. La plena sujeción del derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas", *Revista de Derecho Político*, núm. 50, UNED, Madrid, 2001.

COTINO HUESO, Lorenzo: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, INAP, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

CUESTA RICO, Francisco: "Los parámetros constitucionales de la acción exterior de las Fuerzas Armadas Españolas", en Liñán Nogueras, J. y Roldán Barbero, J. (directores), Marrero Rocha, I. (coordinadora), *El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas españolas en el exterior*, Granada, 2008.

DE LORENZO PONCE DE LEON, Rodrigo: "La ambigua naturaleza de lo disciplinario en el derecho militar de los Estados Unidos de América", *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 82, julio-diciembre 2003.

DE MIGUEL, Amando: *Sociología del franquismo. Análisis ideológico de los Ministros del Régimen*, Colección España: punto y aparte, Editorial Euros S.A., Barcelona, 1975.

DE SALAS LÓPEZ, F. y LAGUNA SANQUIRICO, F: "Las Reales Ordenanzas en el momento actual de la sociedad española", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º.36, octubre-diciembre 1986.

DÍAZ-LLANOS LECUONA, Rafael: *Leyes Penales Militares*, Ed. Compañía Bibliográfica Española, S.A. (10ª edición), Madrid, 1974.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M: "De nuevo sobre los Tribunales de Honor (La desaparición de los tribunales de honor militares de nuestro ordenamiento jurídico: una operación en consonancia con los postulados constitucionales)", en *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ESCRIBANO TESTAUT, P: "La carrera militar tras la Ley 17/1989", *Revista Española de Derecho Militar* n.º.71, enero-junio 1998.

ESTEBAN, Jorge de: *Las Constituciones de España*, Taurus Ediciones S.A., Madrid, 1983.

FAIRÉN GUILLÉN, V: "Comentarios a la Constitución de 1978: el *habeas corpus* del artículo 17.4 y la manifestación de personas", *Revista de Administración Pública* n.º.88, 1979.

FARIÑAS MATONI, Luís María: *El derecho a la intimidad*, Ed. Trivium S.A. Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ, Carlos: *Los militares en la transición política*, Editorial Argos Vergara S.A, (1ª edición), Barcelona, 1982.

FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor: *Orígenes del régimen constitucional en España*, Editorial Labor S.A, Barcelona, 1976.

FERNANDEZ BASTARRECHE, Fernando: *El ejército español en el siglo XIX*, Estudios de Historia Contemporánea, Siglo XXI de España Editores, primera edición, diciembre, Madrid, 1978.

FERNÁNDEZ CAMPO, S: "Las Reales Ordenanzas y la obediencia debida", *Memorial de Infantería*, nº.36, Toledo, 1997.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *Cuadernos de Derecho Público*, núm.4, mayo-agosto 1998, INAP.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier: *Militares contra el Estado. España: siglos XIX y XX*, Taurus-Pensamiento, Santillana Ediciones Generales, S.L, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ RODERA, J.A: "Límites al ejercicio de derechos cívicos en el ámbito castrense", *Revista Ejército* nº.525, octubre 1983.

FERNÁNDEZ SANCHEZ, Pablo Antonio (Ed.): *La desprotección internacional de los derechos humanos (a la luz del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)*, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, 1998.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: "Comentario a la Ley 4/2001 reguladora del derecho de petición", *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 65, Año 22, mayo-agosto 2002, CEPC, Madrid.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Las Constituciones históricas españolas.(Un análisis histórico-jurídico)*, Cívitas (4ª edición revisada, ampliada y corregida), Madrid, 1986.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El perfil diferencial de la escala de valores de la Institución militar", *Revista de Estudios Políticos* nº.51, mayo-junio 1986.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional", *Revista de Estudios Políticos* nº.64 (*Nueva Época*), abril-junio 1989, CEC.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 70, octubre-diciembre 1990, CEC.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La jurisdicción castrense en Inglaterra, Estados Unidos e Italia", *Boletín de Información CESEDEN* nº. 224, 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia", *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13. Núm.39, septiembre-diciembre 1993.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español", *Revista Española de Derecho Militar* nº.65, enero-junio 1995.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", *Revista Española de Derecho Militar* nº.67, enero-junio 1996.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: "Sobre la eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en Herrero de la Fuente, Alberto A. (Editor), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Cuadernos del Instituto Rei Afonso Henriques de Cooperación Transfronteriza. Nº.2. Fundación Rei Afonso Henriques, Zamora, 2003.

FERNÁNDEZ-MIRANDA, Faustino y OLLERO, Fernando: *Derecho Político (I)*, Universidad a Distancia, Madrid, 1980.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos S.A., Madrid, 1990.

FIORAVANTI, Mauricio: *Los derechos fundamentales. Apuntes de la historia de las Constituciones*, Editorial Trotta, S.A., Madrid 1996.

FISAS, Vicenç: *El poder militar en España*, Editorial Laia S.A., Barcelona, 1979.

FLAQUER MONTEQUI, Rafael: "Los derechos de asociación, reunión y manifestación", en Flaquer Montequi, Rafael (ed.), *Derechos y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

FREIXES SANJUAN, Teresa: "Una aproximación al método de interpretación constitucional", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Segunda Época* nº.4 (verano 1993), Universitat de Valencia, 1993.

FREIXES SANJUAN, Teresa; REMOTTI, José Carlos: *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*, Colección Ideas y Políticas Constitucionales, MINIM Ediciones, Valencia, 2002.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública* nº 34. Año XII, enero-abril 1961 (reimpresión octubre 1972), Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

GARCÍA CUADRADO, Antonio: "El derecho de petición", *Revista de Derecho Político*, núm. 32, UNED, Madrid, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo (Tomo I y II)*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1990.

GARCÍA LABAJO, Juan M: "Fundamento de los Consejos Asesores de Personal", *Revista de Aeronáutica y Astronáutica, número 718*, noviembre 2002, Ministerio de Defensa.

GARCÍA MACHO, Ricardo: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos S.A., Madrid, 1992.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo: "Los textos de la Revolución Francesa. Segunda Parte: sentido y contenido de la Revolución de 1789 y textos posteriores", en Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio; de Asís Roig, Rafael; (dirigido por), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II. Siglo XVIII. (Volumen I, II, III). Volumen III. Capítulo XVI*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2001.

GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA, P: "La disciplina corresponsable y las nuevas Reales Ordenanzas", *Revista Ejército n.º.479*, diciembre 1979.

GARCÍA PAZOS, David: "La suspensión de empleo y de funciones como situaciones administrativas de los militares tras la Ley 17/1989 de 19 julio, reguladora del régimen del personal militar profesional", en *La ley reguladora del régimen del personal militar profesional (Cuatro cuestiones concretas)*, Cuadernos de Estrategia n.º.24, marzo 1991, Ministerio de Defensa, CESEDEN, Madrid.

GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cívitas, Madrid, 1986.

GARRIDO FALLA, Fernando, CAZORLA, Luís M., GÁLVEZ, F. Javier, SANTAMARÍA, Juan A., ENTRENA, Rafael, RECORDER, Emilio, SANTAOLALLA, Fernando, ENTRENA, Ramón, SERRANO, José M: *Comentarios a la Constitución*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1985.

GARRORENA MORALES, Ángel: "Valores superiores y principios constitucionales", en *Derecho Público (I)*, en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Volumen Primero*, Tecnos, Madrid, 1997

GIMENO SENDRA, Vicente: *El proceso de "habeas corpus"*, Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1985.

GUAITA MARTORELL, Aurelio: "Los derechos fundamentales de los militares", en Rafael Gómez Morant (Coordinador), *Libro Homenaje al Profesor José Luís Villar Palasí*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1989.

GUDE FERNÁNDEZ, Ana: *El habeas corpus en España. Un estudio de la legislación y de la jurisprudencia constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

HARRIES-JENKINS, Gwyn & C. MOSKOS Charles, Jr: *Las fuerzas armadas y la sociedad*, Alianza Editorial S.A, Madrid, 1984.

HEADRICK, Daniel R: *Ejército y política en España (1866-1898)*, Editorial Tecnos, S.A. (Traducción del inglés por Jaime Melgar Botasis), Madrid, 1981.

HERBÓN COSTAS, Juan José: "El derecho de afiliación política del militar", *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 80, julio-diciembre 2002.

HERBÓN COSTAS, Juan José: "Libertad ideológica y religiosa en las fuerzas Armadas", *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 82, julio-diciembre 2003.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología de la ciencia del Derecho. Tomo 5*, (Ed. Inicial de Planeta, 1982), Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1988.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *La Constitución y su entorno. Obras Completas. Tomo 7*, (Ed. Inicial de Planeta, 1982), Espasa-Calpe, S.A, Madrid, 1988.

HERRERO DE LA FUENTE, Alberto A. (Editor): *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Cuadernos del Instituto Rei Afonso Henriques de Cooperación Transfronteriza. N.º.2. Fundación Rei Afonso Henriques, Zamora, 2003.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: *El principio monárquico (Un estudio sobre la soberanía del rey en las Leyes Fundamentales)*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, S.A. (EDICUSA), Madrid, 1972.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: "El Rey y las Fuerzas Armadas", *Revista del Departamento de Derecho Político. N.º.7. Otoño*. UNED, Madrid, 1980.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: "Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas", *Revista de Derecho Político, n.º.43*, 1988.

HIDALGO REDONDO: *Tribunales de Honor*, Imprenta Militar "Hidalgo", Madrid, 1941.

HUERTAS CONTRERAS, Marcelo: "El derecho de petición en el ordenamiento constitucional español", en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Volumen Primero*, Tecnos, Madrid, 1997.

IGLESIAS DE PAUL, Eduardo: "Organización de los Consejos Asesores de Personal", *Revista de Aeronáutica y Astronáutica, número 718*, noviembre 2002, Ministerio de Defensa.

JANOWITZ, M: *El soldado profesional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier: *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, Editorial Trotta, S.A. Madrid, 1999.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J: "Principios constitucionales. Derechos fundamentales y libertades públicas del militar", *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José: "Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución Española", *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 77, enero-junio 2001.

LAFUENTE BALLE, José M^a: "Sobre el carácter taxativo o declarativo de la relación de las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas en el Artículo 8 de la Constitución", *Revista de Derecho Político, n.º.36*, 1992.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: *Las relaciones de sujeción especial*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1994.

LINDE, Enrique: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos (Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*, García de Enterría, Eduardo (coordinador), Editorial Cívitas S.A, Madrid, 1983.

LÓPEZ AGUILAR, Fernando: *Manual de derecho constitucional. Volumen I y II. (Capítulos II, XVIII)*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa; Montilla Martos, José Antonio. Tecnos (2ª edición), Madrid, 2007.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba. Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1994.

LÓPEZ CALERA, Nicolás María: "Para una filosofía de los derechos humanos", en *Derecho Público (I)*, en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Volumen Primero*, Tecnos, Madrid, 1997

LOPEZ CASTILLO, Antonio: "Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de los Derechos Fundamentales de la U E", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 113, julio-septiembre 2001.

LOPEZ CASTILLO, Antonio; SAIZ ARNAIZ Alejandro; FERRERES COMELLA, Víctor: *Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

LÓPEZ GARRIDO, Diego: "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", *Revista de Administración Pública*, nº.100-102, 1983.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luís: "A propósito de la STC 66/1995, de 8 de mayo, en torno a los límites del derecho de reunión", *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 16. Núm. 48, septiembre-diciembre 1996.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luís: "El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm.96, abril-junio 1997.

LÓPEZ GUERRA, Luís y AGUIAR DE LUQUE, Luís: *Las Constituciones de Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: "La evolución democrática de la defensa nacional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, mayo-agosto 2007.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS Magdalena: *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Editorial Comares, Granada, 1996.

LOSADA MALVÁREZ, Juan Carlos: *Ideología del Ejército Franquista (1939-1959)*, Ediciones Istmo S.A, Madrid, 1990.

LLEIXA, Joaquim: *Cien años de militarismo en España. (Funciones estatales confiadas al ejército en la Restauración y el franquismo)*, Barcelona. Editorial Anagrama, 1986.

LLORCA, Carmen: *Parlamentarismo y Constituciones en España*, Ediciones Istmo S.A, Madrid, 1988.

LLORENTE SAGASETA, José María: "Límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas", en García Lozano, Carlos (Director), *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Estudios de Derecho Judicial 112, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

MARTÍN CUBAS, Joaquín: "El concepto de 'igualdad' en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional. Año 18, nº. 53*, mayo-agosto 1998.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *Estudio preliminar*, Real Instituto Elcano, 2008.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luís: "El Art. 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales", *Revista de las Cortes Generales nº.40*. Primer Cuatrimestre 1997.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luís: "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales", *Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos y Debates, núm.65)*, Madrid 1997.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio: *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1992.

MARTÍNEZ DE MURGUÍA, P: "La disciplina corresponsable y las nuevas Reales Ordenanzas", *Revista Ejército nº. 479*, diciembre 1979.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Rafael: "Las Reales Ordenanzas ¿Una norma inconstitucional?", en Ramírez Jiménez, Manuel (Editor): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales "Lucas Mallada" y Academia General Militar, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1995.

MARTÍNEZ QUINTEIRO, M^a. Esther: *Los grupos liberales antes de las Cortes de Cádiz*, Ed. Narcea S.A, Madrid, 1977.

MARTÍNEZ QUINTEIRO, M^a. Esther: "En torno al primer constitucionalismo hispano. Estado de la cuestión", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, número 28, julio-agosto 1982.

MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María: “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1845 y en sus proyectos de reforma”, en Puy Muñoz, Francisco (Coordinador), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

MEDINA ORTEGA, Manuel: “La inserción de la Carta en el Derecho de la Unión Europea”, en Herrero de la Fuente, Alberto A. (Editor), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Cuadernos del Instituto Rei Afonso Henriques de Cooperación Transfronteriza. N.º.2. Fundación Rei Afonso Henriques, Zamora, 2003.

MEEHAN, Eugene J: *Juicios de valor y ciencia social*, (Traducción de Julio R. Hardisson), A. Redondo (Editor), Universidad de Barcelona, 1970.

MILLÁN GARRIDO, Antonio: *Ordenanzas Militares*, Editorial Trivium S. A, Madrid, 1993.

MILLÁN GARRIDO, Antonio: “El concepto de militar profesional a efectos penales y la Ley 17/1989 de 19 de julio”, en RAMÍREZ JIMÉNEZ, Manuel (Editor): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales “Lucas Mallada” y Academia General Militar, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1995.

MONTILLA MARTOS, José Antonio: “La inscripción registral de asociaciones en la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 92, abril-junio 1996.

MONTILLA MARTOS, José Antonio: *Manual de derecho constitucional. Volumen I y II. (Capítulos II, XIX, XX)*. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Cámara Villar, Gregorio; López Aguilar, Juan Fernando; Balaguer Callejón, María Luisa; Montilla Martos, Jose Antonio. Tecnos (2ª edición), Madrid, 2007.

MORALES, Antonio: “Los orígenes de la Administración Pública Contemporánea”, en Morales Moya, Antonio y Esteban de Vega, Mariano (Eds.), *La historia contemporánea en España*, Primer Congreso de Historia Contemporánea, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996.

MORALES VILLANUEVA, Antonio: “Apoliticismo y apartidismo de los militares”, *Revista Tierra, Mar y Aire* núm.280. Año XLVIII, mayo-junio 2006.

MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “La desaparición de los Tribunales de honor en la Ley Orgánica 2/1989, de 23 de abril, procesal militar”, *Revista Española Derecho Militar* núm. 54, julio-diciembre 1989.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo: “El militar ante el derecho penal”, en Pérez-Serrabona González, José Luis (Ed.), *El estatuto profesional del militar del siglo XXI*, Universidad de Granada, 2002.

MOZO SEOANE, A.: “Las Fuerzas Armadas y su ordenamiento jurídico (Una relectura del debate sobre el Artículo 8 de la Constitución)”, *Revista Española de Derecho Militar* n.º.65, enero-junio 1995.

MUÑIZ Y TERRONES, J: *Reales Ordenanzas de Carlos III*, Madrid, 1880.

MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés: *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 1998.

NAVARRO SANCHÍS, Francisco José: “Diez puntos de reflexión sobre la Ley Orgánica de la Defensa Nacional”, *Revista Jurídica Militar. (Revista electrónica de Derecho Militar para profesionales)*, enero 2006.

OLMEDA GÓMEZ, José Antonio: *Las Fuerzas Armadas en el Estado Franquista. Participación política, influencia parlamentaria y profesionalización, 1939-1975*, Orán S.A., Ediciones El Arquero, Madrid, 1988.

OLLERO GÓMEZ, C: “Constitución y Reales Ordenanzas”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* n.º.69, 1982.

ORZA LINARES, Ramón María: *Fundamentos de la democracia constitucional: Los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Editorial Comares S.L. Granada, 2003.

PAPELL, Antonio: *La Monarquía española y el Derecho constitucional europeo*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1980.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: “Toque de silencio por la justicia militar”, *Revista de Administración Pública*, n.º.127, enero-abril 1992.

PASCUA MATEO, Fabio: “Derechos fundamentales y fuerzas armadas en la Unión Europea”, *Revista española de Derecho Europeo*, n.º.14, abril-junio 2005, Editorial Aranzadi S.A.

PAYNE, Stanley G.: “El Ejército, la República y el estallido de la Guerra Civil”, en Raymond Carr y otros autores, *Estudios sobre la República y la guerra civil española*, Biblioteca de la Historia n.º23, Ediciones SARPE, Madrid, 1985.

PAYNE, Stanley G.: *Los militares y la política en la España contemporánea*, Ruedo Ibérico, 1986.

PECES-BARBA, Gregorio; QUADRA SALCEDO, Tomás; MOHEDANO, José María; GONZÁLEZ, Pedro: *Sobre las libertades políticas en el Estado español (expresión, reunión y asociación)*, Fernando Torres (Editor), Valencia, 1977.

PECES-BARBA, Gregorio: *Derechos fundamentales*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1986.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: “Los textos de la Revolución Francesa. Primera parte: fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, en Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio; de Asís Roig, Rafael; (dirigido por), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II. Siglo XVIII. (Volumen I, II, III). Volumen III. Capítulo XVI*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2001.

PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María: *Presupuestos constitucionales de la Función militar en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María: "La doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos sobre el personal militar", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 79, enero-junio 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio E: *Los derechos fundamentales*, Editorial Tecnos S.A. (3ª edición), Madrid, 1989.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luís (Editor): *El estatuto profesional del militar del siglo XXI*, Universidad de Granada, 2002.

PÉREZ SOLA, Nicolás: "Precisiones sobre el tratamiento jurisprudencial del derecho de asociación", en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Volumen Primero*, Tecnos, Madrid, 1997.

PÉREZ SOLA, Nicolás: "El régimen disciplinario de la Guardia Civil y su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Dacosta Silva y. España", *Revista de Derecho Político* n.º. 71-72, UNED, enero-agosto 2008.

PÉREZ TREMPES, Pablo: "La interpretación de los Derechos Fundamentales", *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*. Coordinador Luís López Guerra, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PÉREZ VILLALOBOS, M^a. Concepción: "La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas", *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 78, julio-diciembre 2001.

PORRAS NADALES, A: "Ordenamiento de la Defensa, poder militar y régimen constitucional en España", *Revista de Estudios Políticos* n.º.35, septiembre-octubre 1983.

PORRAS RAMÍREZ, José María: *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1995.

PRANDSTRALLER, G.P: *La profesión militar en Italia*, Ministerio de Defensa. Madrid, 1990.

PRIETO SANCHOS, Luís: "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 9, mayo-agosto 1991.

PUELL DE LA VILLA, Fernando: "Las Fuerzas Armadas en la crisis de la Restauración. Las Juntas Militares de Defensa", en Hernández Sánchez-Barba, Mario y Alonso Baquer, Miguel (directores), *Las Fuerzas Armadas. Historia institucional y social*, Volumen 5, Capítulo 19, Ed. Alhambra, Madrid, 1986.

PUGA CRUZ, E: "¿Disciplina corresponsable?", *Revista Ejército* n.º.487, julio 1980.

PUY MUÑOZ, Francisco: "Los derechos humanos en las Leyes Fundamentales de España (1936-75)", en Puy Muñoz, Francisco (Coordinador), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, Manuel (Editor): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales "Lucas Mallada" y Academia General Militar, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1995.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio: "El derecho de petición", *Revista de Derecho Político*, núm.53, UNED, Madrid, 2002.

RIPOLLÉS SERRANO, María Rosa y RIPOLLÉS SERRANO, Elena: "Derecho al honor e intimidad y derecho de información", *Revista de las Cortes Generales* n.º.16. *Primer cuatrimestre*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.

RODRÍGUEZ, Ángel: *Integración europea y derechos fundamentales*, Cívitas Ediciones S.L, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza: "Los derechos fundamentales en la Constitución de 1876", en Puy Muñoz, Francisco (Coordinador), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: *Moralidad, derechos, valores*, Cuadernos Cívitas. Cívitas Ediciones, S.L. Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ DE PATERNA GIMÉNEZ DE CÓRDOBA, Miguel: "El procedimiento oral por faltas leves: justificación de su singularidad y aplicabilidad de las garantías constitucionales", en García Lozano, Carlos (Director), *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Estudios de Derecho Judicial 112, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín: "Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1837", en Puy Muñoz, Francisco (Coordinador), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luís: "Asociación Española de Derecho Militar y de los Conflictos Armados. Informe de síntesis sobre las respuestas al cuestionario relativo a «EL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LOS MILITARES»", *Revista Española de Derecho Militar* n.º. 82, julio-diciembre 2003.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PEREZ, Jorge: "La jurisdicción militar en el Art. 117.5 de la Constitución", en García Lozano, Carlos (Director), *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Estudios de Derecho Judicial 112, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

ROJAS CARO, José: *Derecho disciplinario militar*, Tecnos S.A. Madrid, 1980.

ROURA GÓMEZ, Santiago A: *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española (Rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, María Carolina: "Los derechos humanos en la Constitución de 1869", en Puy Muñoz, Francisco (Coordinador), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

RUBIO LLORENTE, Francisco: "Sobre la Constitución", en *Derecho Público (I)*, en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Volumen Primero*, Tecnos, Madrid, 1997

SAIZ ARNAIZ, Alejandro: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?", *Cuadernos de Derecho Público*, n.º. 13, INAP, mayo-agosto 2001.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro: "De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa", en López Castillo, Antonio; Sáiz Arnáiz, Alejandro; Ferreres Comella, Víctor, *Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

SÁINZ MORENO, Fernando y HERRERO DE PADURA, Mercedes: Edición preparada por, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, 4 volúmenes (2ª edición), Madrid, 1989.

SALAS LARRAZÁBAL, Ramón: "Las Reales Ordenanzas", en Hernández Sánchez-Barba, Mario y Alonso Baquer, Miguel (directores), *Las Fuerzas Armadas Españolas. Historia institucional y social*, Volumen 8, Ed. Alhambra S.A, Madrid, 1986.

SÁNCHEZ AGESTA, Luís: *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Centro de Estudios Constitucionales, (4ª edición revisada y ampliada), Madrid, 1984.

SÁNCHEZ AGESTA, Luís: "Introducción" al *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812 de Agustín de Argüelles*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedio: "Derechos y libertades en el último tercio del siglo XIX español", en *Estudios de historia, política y derecho en homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 9/10, Departamento Derecho Universitat de Valencia. 2ª Epoca, nº 9/10 (otoño 1994-invierno 1995), 1995.

SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedio: "Reflexiones sobre las generaciones de derechos y la evolución del Estado", en *Derecho Público (I)*, en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Volumen Primero*, Tecnos, Madrid, 1997

SANCHEZ MORÓN, Miguel: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos (Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*, García de Enterría, Eduardo (coordinador), Editorial Cívitas S.A, Madrid, 1983.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Javier: "¿Derechos fundamentales o derechos fundamentados?", *Revista de las Cortes Generales* n.º.39, tercer cuatrimestre 1996.

SANTAMARÍA IBEAS, Javier: "Los textos ingleses", en Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio; de Asís Roig, Rafael; (dirigido por), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II. Siglo XVIII (Volumen I, II, III). Volumen III. Parte III. El derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema. Capítulo XIV*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2001.

SAUCA, José María: "La provisionalidad de la Ley 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona", *Revista de las Cortes Generales* n.º. 24, tercer cuatrimestre 1991.

SECO SERRANO, Carlos: *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984.

SOLE TURA, Jordi y AJA, Eliseo: "Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)", *Estudios de Historia Contemporánea*, Siglo Veintiuno de España Editores S.A. (19ª edición), Madrid, 2002.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 69, julio-septiembre 1990.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos* n.º.71 (Nueva Época), enero-marzo 1991.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978", en *Derechos y Constitución*, Rafael Flaquer Montequi (ed.). Marcial Pons, Madrid, 1999.

TIERNO GALVÁN, Enrique: *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978)*, Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1979.

TOMÁS VILLARROYA, Joaquín: *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, (8ª edición), Madrid, 1989.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco: *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1989.

TORRES DEL MORAL, Antonio: *Constitucionalismo histórico español*, Átomo ediciones, Cuarta Edición, Madrid, 1991.

TORRES DEL MORAL, Antonio: "Valores y principios constitucionales", *Revista de Derecho Político* n.º.36, UNED, Madrid, 1992.

TORRES DEL MORAL, Antonio: "¿Qué igualdad?", *Revista de Derecho Político*, n.º.44, 1998.

TORRES DEL MORAL, Antonio: "Relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros según el Tratado Constitucional Europeo. Principios que las rigen", *Revista de Derecho Político* n.º65, UNED, Madrid, 2006.

TRILLO-FIGUEROA MARTINEZ-CONDE, Federico: "Las Fuerzas Armadas en la constitución española (Esbozo de una construcción institucional)", *Revista de Estudios Políticos* n.º.12, Noviembre-Diciembre, 1979.

TUSELL, Javier: *La Dictadura de Franco*, Ediciones Altaya S.A., Barcelona, 1996.

VEGA GARCÍA, Pedro de: "En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en AA.VV, *Derecho Público (I). Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Volumen Primero*, Tecnos, Madrid, 1997.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Ed. Montecorvo S.A. Madrid, 1984.

VIGIER GARCÍA, Luís Fernando: "El derecho de petición: Algo más que un derecho inofensivo", *Revista Española de Derecho Militar* n.º 55, enero-junio 1990.

VV.AA. *Derecho Político II. Unidad Didáctica 1*, redactada por el equipo dirigido por el Dr. Oscar Alzaga Villaamil, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 1980.

WARREN, S. y BRANDEIS, L: *El derecho a la intimidad*, Cívitas (1ª ed), Madrid, 1995.

WEBER, Albrecht: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. Núm. 64*, enero-abril 2002.

YNFANTE, Jesús: *El Ejército de Franco y de Juan Carlos*, Ed. Ruedo Ibérico, Francia, 1976.

Sinopsis de Artículos de la Constitución Española de 1978
(<http://www.congreso.es/constitucion/constitucion/indice/index.htm>).

- Sinopsis del Artículo 10 realizada por María Merino Norberto. Profesora Titular. Universidad Rey Juan Carlos. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 11 realizada por Sylvia Martí Sánchez. Letrada de las Cortes Generales. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 14 realizada por Luís Gálvez Muñoz. Universidad de Murcia. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 15 realizada por Luís Gálvez Muñoz. Universidad de Murcia. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 17 realizada por Ascensión Elvira Perales. Profesora Titular. Universidad Carlos III. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 18 realizada por Ascensión Elvira Perales, Profesora Titular. Universidad Carlos III. Diciembre 2003. Actualizado por la autora en octubre de 2006. Congreso de los Diputados.

- Sinopsis del Artículo 19 realizada por Ascensión Elvira Perales. Profesora Titular. Universidad Carlos III. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 20 realizada por Ascensión Elvira Perales. Profesora Titular. Universidad Carlos III. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 21 realizada por Ascensión Elvira Perales. Profesora Titular. Universidad Carlos III. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 22 elaborada por Raul Canosa Usera. Profesor titular. Universidad Complutense. Diciembre 2003.
- Sinopsis del Artículo 23 elaborada por Raúl Canosa Usera. Profesor titular. Universidad Complutense. Congreso de los Diputados. Diciembre 2003
- Sinopsis del Artículo 24 realizada por David Ortega Gutiérrez. Profesor Titular. Universidad Rey Juan Carlos. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 28 elaborada por Raúl Canosa Usera. Profesor titular. Universidad Complutense. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 29 realizada por Elviro Aranda Alvarez. Profesor Titular. Universidad Carlos III. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 62 realizada por José Fernando Merino Merchán, Letrado de las Cortes Generales. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 70 realizada por Mercedes Araujo Díaz de Terán. Letrada de las Cortes Generales. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.
- Sinopsis del Artículo 117 realizada por Sylvia Martí Sánchez. Letrada de las Cortes Generales. Diciembre 2003. Congreso de los Diputados.

Revistas y publicaciones periódicas

- Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Boletín de Información CESEDEN. Ministerio de Defensa.
- Cuadernos de Derecho Público. INAP.
- Cuadernos Constitucionales de la Cátedra *Fadrique Furió Ceriol*. Universitat de Valencia.
- Cuadernos del Instituto *Rei Afonso Henriques* de Cooperación Transfronteriza. Zamora.
- Cuadernos de Estrategia. Ministerio de Defensa. CESEDEN.
- Memorial de Infantería. Ministerio de Defensa.
- Revista de Administración Pública.
- Revista de Aeronáutica y Astronáutica. Ministerio de Defensa.
- Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
- Revista de las Cortes Generales.
- Revista de Derecho Político. UNED.
- Revista del Departamento de Derecho Político. UNED.
- Revista de Estudios Políticos.
- Revista de Estudios Políticos (Nueva Época).
- Revista Española de Derecho Militar.
- Revista Española de Derecho Constitucional. CEPC.
- Revista Española de Derecho Europeo.

- Revista Española de Investigaciones Sociológicas.
- Revista Ejército. Ministerio de Defensa.
- Revista Facultad de Derecho. Universidad de Granada.
- Revista Vasca de Administraciones Públicas.
- Estudios de Derecho Judicial.
- Revista Jurídica Militar. (Revista electrónica de Derecho Militar).

Gacetas, Boletines Oficiales, Diarios y Colecciones Legislativas

- Colección Legislativa del Ejército.
- Diario Oficial del Ejército.
- Boletín Oficial del Ministerio de Defensa.
- Colección Legislativa de Defensa.
- Gaceta de Madrid.
- Boletín Oficial del Estado.
- Diario de Sesiones del Senado.
- Diario de Sesiones del Congreso de Diputados.
- Boletín Oficial de las Cortes Generales.
- Boletín Oficial de la Unión Europea.

Otras fuentes

- Diccionario Real Academia de la Lengua (DRAE) 22ª edición.
- Diccionario RAE. 21ª edición. Espasa-Calpe. Madrid, 1992.
- *ORDENANZAS DEL EJÉRCITO. Armonizadas con la legislación vigente* (3ª edición corregida y aumentada), Imprenta y Litografía del Depósito de la Guerra. Madrid, 1899.
- Reglamento para el Servicio en Campaña (1882).
- *OR7-004 (2ª Edición). Orientaciones. El Derecho de los conflictos armados*, (tres tomos), Edita Ministerio de Defensa (MADOC). Imprime Centro Geográfico del Ejército, Madrid, 2007.
- Documento “*Principios del nuevo estilo de mando*” en Revista Ejército nº.684, noviembre-diciembre 1997.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, José: *Manifestaciones individuales de los delitos contra la disciplina militar*, Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, 2004.
- OLMEDO RUBIO, Nuria: *Los derechos fundamentales en la Guardia Civil: extensión y límites a su ejercicio*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2003.

Direcciones en Internet

<http://adrastea.ugr.es/>

<http://www.bne.es/>

<http://www.boe.es/>

<http://www.cervantesvirtual.com/>

<http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones/index.shtml>

<http://www.congreso.es/>

<http://www.congreso.es/constitucion/otras/mundo/index.htm>

<http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/>

<http://www.realinstitutoelcano.org>

<http://www.tribunalconstitucional.es/>

JURISPRUDENCIA**Capítulo Tercero**

STC 21/1981 de 15 de junio.
STC 22/1982 de 12 mayo.
STC 44/1983 de 24 mayo.
ATC 446/1984 de 11 julio.
STC 116/1987 de 7 julio.
STC 60/1991 de 14 de marzo.
STC 72/1994 de 3 marzo.
STC 219/2001 de 31 octubre.

Capítulo Cuarto

STC 2/1981 de 30 enero.
STC 18/1981 de 8 junio.
STC 21/1981 de 15 junio.
STC 35/1982 de 14 junio.
ATC 446/1984 de 11 julio.
STC 93/1984 de 16 octubre.
STC 74/1985 de 18 de junio.
STC 159/1985 de 27 noviembre.
STC 107/1986 de 24 julio.
STC 2/1987 de 21 enero.
STC 114/1987 de 6 julio.
STC 13/1988 de 4 febrero.
STC 219/1989 de 21 diciembre.
STC 47/1990 de 20 marzo.
STC 61/1990 de 29 marzo.
STC 116/1993 de 29 marzo.
STC 371/1993 de 13 diciembre.
STC 270/1994 de 17 octubre.
STC 175/1997 de 27 octubre.
STC 235/1998 de 14 diciembre.
STEDH de 8 junio 1976 (caso Engel).
STS de 8 junio 1990. Sala Quinta.
STS de 1 octubre 1990. Sala Quinta.
STS de 11 octubre 1990. Sala Quinta.
STS de 15 abril 1991. Sala Quinta.

Capítulo Quinto

STC 4/1981 de 2 febrero.
STC 5/1981 de 13 febrero.
STC 11/1981 de 8 abril.
STC 21/1981 de 15 junio.
STC 25/1981 de 14 julio.
STC 26/1981 de 17 julio.
STC 27/1981 de 20 julio.
STC 32/1981 de 28 julio.
STC 34/1981 de 10 noviembre.
STC 2/1982 de 29 enero.
ATC 103/1982 de 3 marzo.
STC 49/1982 de 14 julio.
STC 62/1982 de 15 octubre.
STC 39/1983 de 16 mayo.
STC 76/1983 de 5 agosto.
STC 81/1983 de 19 octubre.
STC 36/1984 de 14 marzo.
STC 83/1984 de 24 julio.
STC 17/1985 de 9 febrero.
STC 53/1985 de 11 abril.
STC 66/1985 de 23 mayo.
STC 101/1985 de 8 noviembre.
STC 159/1986 de 16 febrero.
STC 50/1986 de 23 abril.
STC 137/1986 de 6 noviembre.
STC 160/1986 de 16 diciembre.
STC 2/1987 de 21 enero.
STC 26/1987 de 27 febrero.
STC 37/1987 de 26 marzo.
STC 196/1987 de 11 diciembre.
STC 254/1988 de 21 diciembre.
STC 1/1989 de 16 enero.
STC 132/1989 de 18 julio.
STC 120/1990 de 27 junio.
STC 36/1991 de 14 febrero.
STC 64/1991 de 22 marzo.
STC 236/1991 de 12 diciembre.
STC 245/1991 de 16 diciembre.
STC 341/1993 de 18 noviembre.
STC 57/1994 de 28 febrero.
STC 215/1994 de 14 julio.

STC 242/1994 de 20 julio.
STC 141/1998 de 29 junio.
STC 292/2000 de 30 noviembre.
STC 41/2002 de 25 febrero.
STC 53/2002 de 27 febrero.
STC 197/2006 de 3 julio.

Capítulo Sexto

ATC 46/1980 de 13 octubre.
STC 2/1981 de 30 enero.
STC 18/1981 de 8 junio.
STC 21/1981 de 15 junio.
STC 31/1981 de 28 julio.
STC 32/1981 de 28 julio.
STC 24/1982 de 13 mayo.
STC 30/1982 de 1 junio.
STC 36/1982 de 16 junio.
ATC 222/1982 de 23 junio.
STC 45/1983 de 25 mayo.
STC 52/1983 de 17 junio.
ATC 375/1983 de 30 julio.
STC 77/1983 de 3 octubre.
STC 81/1983 de 10 octubre.
STC 125/1983 de 26 diciembre.
STC 48/1984 de 4 abril.
ATC 216/1984 de 4 abril.
STC 5/1984 de 25 abril.
STC 13/1985 de 31 enero.
STC 31/1985 de 5 marzo.
STC 53/1985 de 11 abril.
ATC 749/1985 de 30 octubre.
STC 104/1986 de 17 julio.
STC 107/1986 de 24 julio.
STC 160/1986 de 16 diciembre.
STC 114/1987 de 6 julio.
STC 115/1987 de 7 julio.
STC 116/1987 de 7 julio.
ATC 446/1987 de 11 julio.
STC 199/1987 de 16 diciembre.
STC 85/1988 de 28 abril.
STC 107/1988 de 8 junio.
STC 161/1988 de 20 septiembre.
STC 35/1989 de 14 febrero.
STC 43/1989 de 20 febrero.
STC 51/1989 de 22 febrero.
STC 69/1989 de 20 abril.
STC 185/1989 de 13 noviembre.
STC 194/1989 de 16 noviembre.

STC 27/1990 de 22 febrero.
STC 59/1990 de 29 marzo.
STC 62/1990 de 30 marzo.
STC 120/1990 de 27 junio.
STC 137/1990 de 19 julio.
STC 11/1991 de 17 julio.
STC 42/1991 de 25 febrero.
STC 44/1991 de 25 febrero.
STC 101/1991 de 13 mayo.
STC 143/1991 de 1 julio.
STC 197/1991 de 17 octubre.
STC 214/1991 de 11 noviembre.
STC 216/1991 de 14 noviembre.
STC 234/1991 de 10 diciembre.
STC 245/1991 de 16 de diciembre.
STC 118/1992 de 16 septiembre.
STC 159/1992 de 26 octubre.
STC 223/1992 de 14 diciembre.
STC 242/1993 de 14 julio.
STC 291/1993 de 18 octubre.
STC 341/1993 de 18 noviembre.
STC 371/1993 de 13 diciembre.
STC 72/1994 de 3 marzo.
STC 270/1994 de 17 octubre.
STC 273/1994 de 17 octubre.
STC 288/1994 de 27 octubre.
STC 61/1995 de 29 marzo.
STC 90/1995 de 9 junio.
STC 139/1995 de 26 septiembre.
STC 183/1995 de 11 diciembre.
STC 177/1996 de 11 noviembre.
STC 56/1997 de 17 marzo.
STC 151/1997 de 29 septiembre.
STC 173/1998 de 23 julio.
STC 235/1998 de 14 diciembre.
STC 14/1999 de 22 febrero.
STC 24/1999 de 8 marzo.
STC 177/1999 de 11 octubre.
STC 232/1999 de 13 diciembre.
STC 18/2000 de 31 enero.
STC 29/2000 de 31 enero.
STC 31/2000 de 3 febrero.
STC 42/2000 de 14 febrero.
STC 208/2000 de 24 julio.
STC 209/2000 de 24 julio.
STC 233/2000 de 2 octubre.
STC 288/2000 de 27 noviembre.
STC 292/2000 de 30 noviembre.
STC 102/2001 de 23 abril.
ATC 96/2001 de 24 abril.

STC 115/2001 de 10 mayo.
STC 124/2001 de 4 junio.
STC 152/2001 de 2 julio.
STC 157/2001 de 2 julio.
STC 139/2001 de 16 julio.
STC 8/2002 de 24 enero.
STC 20/2002 de 26 enero.
STC 40/2002 de 14 febrero.
STC 98/2002 de 29 abril.
STC 141/2002 de 17 junio.
STC 154/2002 de 18 julio.
STC 202/2002 de 28 octubre.
STC 224/2002 de 25 noviembre.
STC 2/2003 de 16 enero.
ATC 81/2003 de 10 marzo.
STC 61/2003 de 24 marzo.
STC 101/2003 de 2 junio.
STC 127/2003 de 30 junio.
STC 159/2003 de 15 septiembre.
STC 160/2003 de 15 septiembre.
STC 107/2004 de 28 de junio.
STC 119/2004 de 12 de julio.
STC 179/2004 de 21 octubre.
STC 189/2004 de 2 noviembre.
STC 1/2005 de 17 enero.
STC 313/2005 de 12 diciembre.
STC 334/2005 de 20 diciembre.
STC 9/2007 de 15 enero.

STEDH de 8 junio 1976 (caso Engel).
STEDH de 28 octubre 1998 (caso
Castillo Algar).
STEDH de 25 julio 2002 (caso Perote
Pellón).

STS de 23 de marzo 1987.
STS de 11 abril 1987.
STS de 28 de junio 1988. Sala Quinta.
STS de 6 octubre 1989. Sala Quinta.
STS de 12 marzo 1990. Sala de lo
Contencioso.
STS de 1 octubre 1990.
STS de 11 octubre 1990. Sala Quinta.
STS 22 abril 1991. Sala Quinta.
STS de 21 junio 1991. Sala Quinta.
STS de 5 noviembre 1991. Sala
Quinta.
STS de 2 marzo 1994. Sala Quinta.
STS de 4 marzo 1994. Sala Quinta.
STS de 10 octubre 1995. Sala Quinta.

STS de 7 noviembre 1995. Sala Quinta.
STS de 29 abril 1997. Sala Quinta.
STS de 17 septiembre 1997.

LEGISLACIÓN

Constituciones

- Constitución Política de la Monarquía Española (19 marzo 1812).
- Constitución de la Monarquía Española (18 junio 1837).
- Constitución de la Monarquía Española (23 mayo 1845).
- Constitución de la Monarquía Española (5 junio 1869).
- Constitución de la Monarquía Española (30 junio 1876).
- Constitución de la República Española (9 diciembre 1931).
- Constitución Española (29 diciembre 1978).

Leyes

- Ley Constitutiva del Ejército de 9 junio 1821.
- Ley Constitutiva del Ejército de 29 noviembre 1878.
- Ley de 15 de junio 1880, que reconocía el derecho de reunión pacífica.
- Ley de 30 de junio de 1887, derecho de asociación.
- Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 septiembre 1888
- Ley adicional a la Constitutiva del Ejército el 19 julio 1889.
- Ley de 23 de marzo 1906 de represión de los delitos contra la Patria y el Ejército (Ley de Jurisdicciones).
- Ley de 29 junio 1918, aprobando las bases contenidas en el artículo 1º del real decreto de 7 de marzo último, para la reorganización del Ejército.
- Ley de 16 abril 1932, concediendo recurso de revisión contra todos los fallos de los extinguidos Tribunales de Honor.
- Ley de 12 septiembre 1932, determinando cómo ha de reclutarse la oficialidad del Ejército y cuál ha de ser el sistema de ascensos en el mismo.
- Ley de 27 septiembre 1940, sobre Tribunales de Honor.
- Ley de 17 de julio 1945 por la que se aprueba y promulga el Código de Justicia Militar.
- Ley 92/1960 de 22 de diciembre, reguladora del derecho de petición.
- Ley de Asociaciones de 24 diciembre 1964.
- Ley Orgánica del Estado de 10 enero 1967.
- Ley 17/1976 de 29 mayo, reguladora del derecho de reunión.
- Ley 21/1976 de 14 junio, sobre el derecho de asociación política posteriormente reformada por el Real Decreto-Ley de 9 febrero 1977.
- Real Decreto Ley 10/1977 de 8 febrero, que regulaba el ejercicio de actividades políticas y sindicales por los miembros de las Fuerzas Armadas.
- Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

- Ley 62/1978 de 26 diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.
- Ley Orgánica 2/1979 de 3 octubre, del Tribunal Constitucional.
- Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio, reguladora de los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar (LODNOM).
- Ley Orgánica 7/1980 de 5 julio, de libertad religiosa.
- Ley Orgánica 3/1981 de 6 abril, Defensor del pueblo.
- Ley Orgánica 4/1981 de 1 junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.
- Ley 50/1981 de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.
- Ley 51/1982 de 13 julio, de modificación de los Artículos 17 al 26 del Código Civil.
- Ley Orgánica 9/1983 de 15 julio, reguladora del derecho de reunión.
- La Ley Orgánica 1/1984, de 5 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar.
- Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus.
- Ley 2/1985, de 21 de enero sobre protección civil.
- Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Real Decreto-Ley 3/1985 de 10 julio, por el que se determina la estructura y funciones de los Consejos Superiores del Ejército, de la Armada y del Ejército del Aire.
- Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, de Régimen Electoral General.
- Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de libertad sindical.
- Ley Orgánica 12/1985 de 27 noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
- Ley Orgánica 13/1985 de 9 diciembre, de Código Penal Militar.
- Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.
- Real Decreto-Ley 1/1988 de 22 febrero, incorporación de la mujer a las FAS.
- Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, procesal militar.
- Ley 17/1989 de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.
- Ley Orgánica 11/1991 de 17 junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.
- Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana
- Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 11/1995 de 27 noviembre, abolición de la pena de muerte.
- Ley 50/1997 de 27 noviembre, del Gobierno.

- Ley 29/1998 de 13 julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
- Ley 17/1999 de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.
- Ley 26/1999 de 26 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica.
- Ley Orgánica 4/2001 de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición.
- Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.
- Ley Orgánica 9/2003 de 15 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar.
- Ley Orgánica 5/2005 de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.
- Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Ley 7/2007 de 12 abril del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la carrera militar.

Decretos

- Decreto de las Cortes de 9 junio 1821 y “Artículo de Oficio” de 12 febrero 1822, acerca de reclamaciones e instancias sobre asuntos de servicio de los militares.
- Real Decreto de 3 enero 1867, Tribunales de Honor.
- Decreto de 1 de noviembre 1868 reconociendo el derecho de reunión pacífica para objetos no reprobados por las leyes.
- Real Decreto de 9 abril 1900.
- Real Decreto de 4 enero 1916, disponiendo ejercicios para sostener y acrecentar las condiciones físicas y militares de los generales, jefes y oficiales.
- Real Decreto de 13 noviembre 1922, Juntas de Defensa.
- Decretos de 14 de abril 1931.
- Decreto de 15 abril 1931, fijando el Estatuto jurídico del Gobierno provisional de la República.
- Decreto de 17 abril 1931, derogando la Ley de 23 de marzo 1906 denominada de Jurisdicciones.
- Decreto de 20 de abril 1931, suprimiendo para todas las Academias, Corporaciones, Sociedades, Patronatos, Establecimientos públicos, industriales o mercantiles y cualquiera otra entidad no mencionada, las denominaciones que expresen o reflejen la dependencia o subordinación respecto del régimen monárquico suprimido.

- Decreto de 25 abril 1931, concediendo el pase a las situaciones que se expresan, con el mismo sueldo que disfruta en sus actuales empleos, al personal del Ejército que se indica.
- Decreto de 11 de mayo 1931, que determinaba la jurisdicción de los tribunales de Guerra y Marina.
- Decreto de 18 mayo de 1931, por el que se deroga el Real Decreto de 26 de julio 1926, anulando los ascensos por elección concedidos en las Armas y Cuerpos, hasta el empleo de Coronel inclusive.
- Decreto del Gobierno Provisional de 4 julio 1931, determinando cómo han de quedar organizados los servicios de la Administración Central y gobierno del Ejército.
- Decreto de 11 de julio 1934, detención de militares.
- Decreto de 19 julio 1934, prohibiendo la pertenencia de los militares a organizaciones de carácter político o sindical.
- Decreto del Gobierno del Estado nº.78, de 17 noviembre 1936.
- Decreto 93/1962 de 18 enero por el que se regulaba el ejercicio del derecho de petición por los miembros de las Fuerzas e Institutos armados.
- Real Decreto 706/1977 de 1 abril, por el que se desarrolla el Real Decreto-Ley 10/1977 de 8 febrero, que regula el ejercicio de las actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas.
- Real Decreto 2723/1977 de 2 noviembre por el que se estructura orgánica y funcionalmente el Ministerio de Defensa.
- Real Decreto 2945/1983 de 9 noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra.
- Real Decreto 494/1984 de 22 febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire.
- Real Decreto 1024/1984 de 23 mayo, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas de la Marina de Guerra.
- Real Decreto 517/1986 de 21 febrero, de incompatibilidades del personal militar.
- Real Decreto 1145/1990 de 7 septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento.
- Real Decreto 1385/1990 de 8 noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional.
- Real Decreto 1396/1992 de 20 noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Militares Penitenciarios.
- Real Decreto 66/2000 de 21 de enero, por el que se modifican las condiciones de acceso a Militar Profesional de Tropa y Marinería de las Fuerzas Armadas
- Real Decreto 1735/2000 de 20 octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas.
- Real Decreto 944/2001 de 3 agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas.

- Real Decreto 1064/2001 de 28 septiembre, aprobando el Reglamento de Evaluaciones y Ascensos del Personal Militar Profesional.
- Real Decreto 258/2002 de 8 marzo, por el que se regulan los Consejos Asesores de Personal de las Fuerzas Armadas.
- Real Decreto 431/2002 de 10 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional.
- Real Decreto 1040/2003 de 1 agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de recompensas militares.

Otras disposiciones

- Real Orden de 31 de marzo de 1811 (Cortes de Cádiz).
- Orden de las Cortes de 12 abril 1812, "Orden para que los empleos público se provean en personas amantes de la Constitución y de la Independencia Nacional".
- Circular de 6 noviembre 1868 (Prim).
- Real Orden Circular de 26 julio 1889.
- Real Orden Circular de 6 octubre 1900.
- Real Orden Circular de 14 enero 1914, autorizando a los Generales, jefes y oficiales para que, siempre que S.M. el Rey se digne honrarles, dirigiéndose a ellos, por carta o telegrama, puedan corresponder seguidamente en igual forma, sin intervención de persona alguna.
- Orden Circular de 20 abril 1931, dicta reglas para el cumplimiento y la ejecución en la jurisdicción militar de lo dispuesto en el precedente decreto de 15 abril.
- Orden Circular de 16 de abril 1931, disponiendo la desaparición en los uniformes, emblemas, material y atributos militares de todas las insignias reales y representaciones de la Monarquía.
- Orden Circular de 18 de abril 1931, dicta reglas para la asistencia del personal del Ejército a actos religiosos.
- Orden de 30 septiembre 1977, que regula la adquisición de medios de difusión por Organismos militares,
- Orden de 19 Noviembre 1977, sobre la difusión de ideas por los componentes de las Fuerzas Armadas
- "Instrumento de ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos firmado en Ciudad del Vaticano en 3 de enero de 1979".
- Orden Ministerial 3/1986 de 17 enero, por la que se regulan las autorizaciones para salida al extranjero del personal militar profesional.
- Orden Ministerial número 97/1993 de 30 de septiembre, por la que se aprueban las Instrucciones de Régimen Interior de los Establecimientos Disciplinarios Militares.
- Orden Ministerial 100/1994, de 14 octubre sobre regulación de los Actos Religiosos en Ceremonias Solemnes Militares.
- Orden Ministerial 170/1996 de 15 octubre, por la que se regulan las notificaciones de salida a otros países del personal militar profesional.

- Orden Ministerial 49/1997 de 5 marzo, que modifica la Orden 170/1996.
- Orden Ministerial 84/2002 de 5 mayo, por la que se establecen las Normas para la Evaluación y Clasificación del Personal Militar Profesional.
- Orden Ministerial número 219/2002, de 13 de septiembre, por la que se dictan Normas para la composición, constitución y funcionamiento de los Consejos Asesores de Personal de las Fuerzas Armada.
- Orden Ministerial núm. 73/2005 de 11 de mayo, por la que se determina la implantación territorial y la utilización conjunta de los Establecimiento Disciplinarios Militares.
- Orden Ministerial 121/2006 de 4 octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas (modificada por Orden Ministerial 107/2007 de 26 julio).
- Orden Ministerial 107/2007 de 26 de julio, por la que se modifican las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas.
- Orden Ministerial 12/2008 de 31 enero, por la que se modifica la Orden Ministerial 219/2002 de 13 septiembre, por la que se dictan normas para la composición, constitución y funcionamiento de los Consejo Asesores de Personal de las Fuerzas Armadas.

Ámbito internacional

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950
- Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) aprobada por la Asamblea General ONU el 10 diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU 1966).
- Tratado Constitutivo de la Comunidad europea
- Tratado de la Unión Europea (Maastricht 1992).
- Carta de derechos fundamentales de la Unión europea.
- Proyecto de Tratado Constitucional
- Tratado de la Unión Europea (Lisboa 2007)
- Tratado de Funcionamiento de la Unión europea (Lisboa 2007)
- Directiva 76/207/CEE de 9 febrero 1976.
- Directiva 2002/73/CE de 23 septiembre 2002.
- RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Ministère de la défense. Loi adopté par le Parlement le 15 mars 2005 portant statut général des militaires.
