

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO POLÍTICO



TESIS DOCTORAL

**DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTATUTO
JURÍDICO DE LAS FUERZAS ARMADAS**

AUTOR: JOAQUÍN LÓPEZ DE GEA

Licenciado en Derecho

MADRID, 2013

TESIS DOCTORAL

**DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTATUTO
JURÍDICO DE LAS FUERZAS ARMADAS**

PRESENTADA POR

**JOAQUÍN LÓPEZ DE GEA.
LICENCIADO EN DERECHO**

DEPARTAMENTO: DERECHO POLÍTICO

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

MADRID, 2013

TESIS DOCTORAL

DEPARTAMENTO: DERECHO POLÍTICO

FACULTAD DE DERECHO

**DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTATUTO
JURÍDICO DE LAS FUERZAS ARMADAS**

PRESENTADA POR

JOAQUÍN LÓPEZ DE GEA.

Licenciado en Derecho

DIRIGIDA POR

DR. JOSÉ MARÍA CAYETANO NÚÑEZ RIVERO

CODIRIGIDA POR

MARÍA ACRACIA NÚÑEZ MARTÍNEZ

MADRID, 2013

AGRADECIMIENTOS

Mi agradecimiento a todos los que han hecho posible esta tesis doctoral. En especial:

A la UNED, por sus medios personales y materiales, sin los cuales no habría podido iniciar ninguna investigación.

Al profesor doctor D. José Manuel Goig Martínez, con quien me inicié como investigador, por su afable y atentísimo trato y por su preclara dirección.

A la profesora doctora Dña. María Salvador Martínez, quien supo corregirme y orientarme acertadamente cuando lo necesité.

A la profesora doctora Dña. María Acracia Núñez Martínez por los ratos que siempre y cálidamente me ha dedicado en el curso de estos años como doctorando.

A mis compañeros, amigos y a la par hermanos en esta empresa del conocimiento, quienes desinteresadamente y siempre que les he necesitado han estado ahí.

Al profesor doctor D. Cayetano Núñez Rivero, director de este estudio, quien con su admirable magisterio, sincera crítica y valiosos consejos y sugerencias me ha guiado fraternalmente hasta el final. Gracias Cayetano.

A toda mi familia, en especial a mi madre, sin la cual nada habría sido posible.

ÍNDICE

EL ESTATUTO JURÍDICO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PERSONAL MILITAR

1 INTRODUCCIÓN	16
----------------	----

PRIMERA PARTE: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2 EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	22
-------------------------------------	----

3 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CE	26
---------------------------------------	----

3.1 CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL Y UBICACIÓN	27
---	----

3.2 CLASES	28
------------	----

3.3 EFICACIA	30
--------------	----

3.4 LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	31
--	----

3.5 MEDIOS DE PROTECCIÓN	33
--------------------------	----

SEGUNDA PARTE: LAS FUERZAS ARMADAS

4 EL ESTATUTO JURÍDICO DE LAS FUERZAS ARMADAS	37
4.1 PRESENTACIÓN	37
4.2 HISTORIA RECIENTE DE LA DEFENSA NACIONAL	41
4.3 NATURALEZA DE LAS FUERZAS ARMADAS	49
4.4 COMPOSICIÓN	52
4.5 ESTRUCTURA	54
4.6 MISIONES CONSTITUCIONALES DE LAS FUERZAS ARMADAS	61
4.7 PRINCIPIOS QUE RIGEN SU ACTUACIÓN	67
4.8 EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS	85
4.9 NORMAS RECTORAS	95
4.9.1 LA CONSTITUCIÓN	95
4.9.2 LEY 4/1987 DE 15 DE JULIO DE COMPETENCIA Y ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR	96
4.9.3 RD LEY 1/1988 DE 2 DE FEBRERO POR EL QUE SE REGULA LA INCORPORACIÓN DE LA MUJER A LAS FUERZAS ARMADAS	98

4.9.4 LA LEY 17/99 DE 18 DE MAYO DE RÉGIMEN DE PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS	99
4.9.5 LEY 32/2002, DE 5 DE JULIO, MODIFICADORA DE LA LEY 17/99 DE RÉGIMEN DE PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS	100
4.9.6 LA LEY ORGÁNICA 5/2005 DE 17 DE NOVIEMBRE DE LA DEFENSA NACIONAL	102
4.9.7 LA LEY 8/2006 DE 24 DE ABRIL, DE TROPA Y MARINERÍA	104
4.9.8 LEY 39/2007 DE 19 DE NOVIEMBRE DE LA CARRERA MILITAR	106
4.9.9 EL RD 96/2009 DE 6 DE FEBRERO POR EL QUE SE APRUEBAN LAS RR.OO DE LAS FUERZAS ARMADAS	118
5. COMPETENCIAS SOBRE DEFENSA NACIONAL DE LAS DISTINTAS INSTITUCIONES DEL ESTADO	132
5.1 LA CORONA	132
5.2 LAS CORTES	133
5.3 EL GOBIERNO	133
5.4 EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO	134
5.5 EL MINISTRO DE DEFENSA	135

5.6 EL CONSEJO DE DEFENSA NACIONAL	135
5.7 EL ESTADO MAYOR DE LA DEFENSA	137
6. EL DEVENIR DE LA CARRERA MILITAR	137

**TERCERA PARTE: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS FUERZAS
ARMADAS**

7. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PERSONAL MILITAR	146
7.1 IGUALDAD	147
7.2 DERECHO A LA VIDA	175
7.3 DERECHO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CULTO	175
7.4 LIBERTAD Y SEGURIDAD	177
7.5 LIBERTAD DE RESIDENCIA Y CIRCULACIÓN	179
7.6 LIBERTAD DE EXPRESIÓN	181
7.7 DERECHO DE REUNIÓN	183
7.8 DERECHO DE ASOCIACIÓN	184
7.9 DERECHO DE SINDICACIÓN	188

7.10 DERECHO DE HUELGA	189
7.11 DERECHO DE PETICIÓN	190
8. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PERSONAL MILITAR	191
8.1 EL CEDH Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	191
8.2 LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	192
8.3 LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL MILITAR	192
8.4 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH	192
8.5 EL DERECHO A LA IGUALDAD Y AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH	196
9. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PERSONAL MILITAR	196
9.1 JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE ASOCIACIÓN	197
9.2 JURISPRUDENCIA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN	216

9.3 JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD (ART. 14 C.E.), A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR (ART. 18.1 C.E.), A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS, A LA ATENCIÓN LETRADA Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ART. 24.2 C.E.), Y A NO SER SANCIONADO POR ACCIONES U OMISIONES QUE EN EL MOMENTO DE PRODUCIRSE NO CONSTITUYEN DELITO FALTA O INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA	225
9.4 JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL	248
9.5 JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A NO SUFRIR LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE NORMAS PENALES	253
9.6 JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD	266
10. LEY ORGÁNICA 9/2011 DE 27 DE JULIO DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS	284
11. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LODF 9/2011 DE 27 DE JULIO	287

CUARTA PARTE: LA EVOLUCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS

12. INTROITO	293
13. LA EVOLUCIÓN DE LA ACTITUD DE LAS FUERZAS ARMADAS RESPECTO AL PODER POLÍTICO	293

QUINTA PARTE: PERSPECTIVA COMPARADA

14. ASISTENCIA SANITARIA, SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL, RÉGIMEN DE VACACIONES Y RÉGIMEN SALARIAL EN EL EJÉRCITO ESTADOUNIDENSE	297
--	-----

15. EL EJÉRCITO BRITÁNICO	313
15.1 EL RÉGIMEN POLÍTICO BRITÁNICO	315
15.2 VALORES DEL EJÉRCITO BRITÁNICO	319
15.3 ESTRUCTURA, COMPOSICIÓN Y COMETIDOS	320
15.4 MISIÓN DEL EJÉRCITO BRITÁNICO	320
15.5 ALGUNOS DERECHOS Y DEBERES	321

SEXTA PARTE

16. CONCLUSIONES	324
17. BIBLIOGRAFIA	348
18. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	358
19. FUENTES NO BIBLIOGRÁFICAS	360
20. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN	361
21. APÉNDICES	365

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

FAS: FUERZAS ARMADAS

CE: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

MINISDEF: MINISTERIO DE DEFENSA

JEMAD: JEFE DE ESTADO MAYOR DE LA DEFENSA

JUEM: JUNTA DE JEFES DE ESTADO MAYOR

JEME: JEFE DE ESTADO MAYOR DEL EJÉRCITO DE TIERRA

CESEDEN: CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA

SECED: SERVICIO CENTRAL DE DOCUMENTACIÓN

CNI: CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

OFC: OBJETIVO DE FUERZA CONJUNTO

FAR: FUERZAS DE ACCIÓN RÁPIDA

OTAN: ORGANIZACIÓN DEL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE

UEO: UNIÓN EUROPEA OCCIDENTAL

ONU: ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

UE: UNIÓN EUROPEA

OCDE: ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO EN EUROPA

OSCE: ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA

EDA: EUROPEAN DEFENCE AGENCY

CNP: CUERPO NACIONAL DE POLICÍA

TC: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TEDH: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

TS: TRIBUNAL SUPREMO

ISAF: FUERZA DE SEGURIDAD PARA AFGANISTÁN

FINUL: FUERZA PROVISIONAL DE NACIONES UNIDAS PARA EL LÍBANO

KFOR: FUERZA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN PARA KOSOVO

BRIPAC: BRIGADA DE INFANTERÍA PARACAIDISTA

BRIAC: BRIGADA DE INFANTERÍA ACORAZADA

BRIMZ: BRIGADA DE INFANTERÍA MECANIZADA

BRIL: BRIGADA DE INFANTERÍA LIGERA

PON: PELOTÓN

SCC: SECCIÓN

CÍA: COMPAÑÍA

BON: BATALLÓN

RGTO: REGIMIENTO

BGDA: BRIGADA

DIV: DIVISIÓN

Gral.: GENERAL

Col.: CORONEL

Tcol: TENIENTE CORONEL

Cte.: COMANDANTE

Cap.: CAPITÁN

Tte. : TENIENTE

Alf.: ALFÉREZ

Sub. M: SUBOFICIAL MAYOR

Stte.: SUBTENIENTE

Bgda.: BRIGADA

Sgto 1º: SARGENTO PRIMERO

Sgto: SARGENTO

Cbo M: CABO MAYOR

Cbo 1º: CABO PRIMERO

Cbo: CABO

Sdo: SOLDADO

MOCC: MILITAR DE COMPLEMENTO

MPTM: MILITAR PROFESIONAL DE TROPA Y MARINERÍA

AGBS: ACADEMIA GENERAL BÁSICA DE SUBOFICIALES

ACING: ACADEMIA DE INGENIEROS

ACIN: ACADEMIA DE INFANTERÍA

ACA: ACADEMIA DE CABALLERÍA

LC: LÍNEA DE COORDINACIÓN

LD: LÍNEA DE DEFENSA

LA: LÍNEA DE ATAQUE

BP: BASE DE PARTIDA

LPA: LÍNEA DE PARTIDA

LP: LÍNEA DE PROGRESIÓN

OFAP: OFICINA DE ATENCIÓN AL PERSONAL

ISFAS: INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

INVIFAS: INSTITUTO DE LA VIVIENDA DE LAS FUERZAS ARMADAS

CHAIN OF CONCERN: (CADENA DE INTERÉS)

CO: COMMANDING OFFICER OR COMPANY (OFICIAL DE MANDO O COMPAÑÍA)

COMMISSARY (ECONOMATO)

CONUS: CONTINENTAL UNITED STATES (ESTADOS UNIDOS CONTINENTALES)

CYS: CHILD AND YOUTH SERVICES (SERVICIOS PARA NIÑOS Y JÓVENES)

DA: DEPARTMENT OF THE ARMY (DEPARTAMENTO DEL EJÉRCITO)

DEERS: DEFENSE ENROLLMENT ELIGIBILITY REPORTING SYSTEM (SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE LA IDONEIDAD DE INSCRIPCIÓN EN PROGRAMAS MILITARES)

DEPENDENT (DEPENDIENTE): MIEMBRO DE LA FAMILIA

DFAS: DEFENSE FINANCE AND ACCOUNTING SERVICE (SERVICIO DE FINANZAS Y CONTABILIDAD MILITAR)

DOD: DEPARTMENT OF DEFENSE (DEPARTAMENTO DE DEFENSA)

EFMP: EXCEPTIONAL FAMILY MEMBER PROGRAM (PROGRAMA DE MIEMBROS EXCEPCIONALES DE LA FAMILIA)

ETS: END TOUR OF SERVICE (FINAL DEL COMPROMISO CON EL EJÉRCITO)

FRG: FAMILY READINESS GROUP (GRUPOS DE PREPARACIÓN DE FAMILIAS)

FTX: FIELD TRAINING EXERCISE (MANIOBRAS)

ID CARD: IDENTIFICATION CARD (TARJETA DE IDENTIFICACIÓN)

IET: INITIAL ENTRY TRAINING (INSTRUCCIÓN BÁSICA)

MESS HALL: COMEDOR MILITAR

MOLLE: MODULAR LIGHTWEIGHT LOAD-BEARING EQUIPMENT (MOCHILA DE COMBATE)

MOS: MILITARY OCCUPATIONAL SPECIALTY (ESPECIALIDAD MILITAR)

MP: MILITARY POLICE (POLICÍA MILITAR)

MRE: MEAL, READY TO EAT (RACIÓN DE PROVISIÓN)

MTF: MILITARY TREATMENT FACILITY (HOSPITAL MILITAR)

MWR: MORALE, WELFARE, AND RECREATION (MORAL, BIENESTAR Y ACTIVIDADES LÚDICAS EN EL EJÉRCITO)

NCO: NON COMMISSIONED OFFICER (SUBOFICIAL)

OCONUS: FUERA DE CONUS

PCS: PERMANENT CHANGE OF STATION (CAMBIO DE DESTINO)

POV: PRIVATELY OWNED VEHICLE (VEHÍCULO PRIVADO)

PX: POST EXCHANGE (PUESTO DE INTERCAMBIO)

QUARTERS (CUARTELES): VIVIENDA

SOP: STANDING (OR STANDARD) OPERATING PROCEDURE (PROCEDIMIENTO DE OPERACIÓN ACTUAL – O ESTÁNDAR)

TA: COMMON TABLE OF ALLOWANCE (CUADRO DE EQUIPAMIENTO COMÚN)

TDY: TEMPORARY DUTY (DESTINO TEMPORAL {179 DÍAS O MENOS})

TRICARE: TRI-SERVICE MEDICAL CARE

UCMJ: UNIFORM CODE OF MILITARY JUSTICE (CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR)

“Convertirse en el adversario significa que debéis poner os en el lugar del adversario y pensar desde su punto de vista.

Tal como veo las cosas si un ladrón se introduce en una casa es considerado un adversario poderoso. Sin embargo, desde mi punto de vista, todo el mundo está contra él. Se encuentra arrinconado en una situación desesperada; el que está arrinconado es el faisán; quien entra para combatirle es el halcón. Esto requiere una atenta reflexión.

Igualmente en la ciencia militar a gran escala, se considera que los adversarios son poderosos y que hay que tener cuidado con ellos. Cuando tenéis buenas tropas, conocéis bien los principios de las artes marciales y sentís la forma de vencer al enemigo, no tenéis que preocuparos”¹.

1. INTRODUCCIÓN

Hace cuatro años emprendimos la tarea de revisar y adquirir un conocimiento fiel del régimen jurídico de los miembros de las Fuerzas Armadas. Algo que, si bien, no es especialmente atractivo para el gran público, sí muy necesario para aquellos militares que deseen conocer en qué marco normativo se mueven, conveniente si se quiere lograr una visión de conjunto de nuestros Ejércitos (Tierra, Armada y Aire), e indispensable para quienes, desde una perspectiva “de lege ferenda”, propongan un nuevo “status quo” para las Fuerzas Armadas. Ése era, pues, nuestro primer objetivo, ya que nos consta que en la actualidad existe un cierto vacío en la literatura jurídica acerca del estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas (es decir, existe literatura al respecto pero no actualizada a la fecha de hoy).

El primer paso fue estudiar la virtualidad del principio de igualdad en las Fuerzas Armadas y su aplicación a la mujer militar, primera, sucinta y parcial aproximación a los derechos fundamentales en el seno de las Fuerzas Armadas. Vimos, ya entonces, cómo la pretensión de integrar a la población femenina en todas las facetas de la vida del país choca en no pocas ocasiones con la praxis diaria de una profesión singularísima como la militar: la falta de adecuación entre la oferta de vacantes para determinados puestos tácticos operativos y las competencias necesarias en la

¹ MUSASHI, M. *El libro de los cinco anillos*. Madrid, Obelisco, 2010, pág.86

candidata para cumplir adecuadamente sus cometidos (sobre todo, si requieren un esfuerzo físico adicional), normas no escritas de discriminación positiva que generan una imagen ficticia de las Fuerzas Armadas, situaciones de potencial ineficiencia desde el punto de vista operativo en el seno de unidades de entidad pelotón o sección, etc. hecho a pesar de lo cual, no parece que el poder político vaya a cambiar las cosas.

El segundo estudio, previo a la obtención de la suficiencia investigadora, versó sobre los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas, pilar sobre el que se edifica esta tesis doctoral. Ése fue un paso dado en un momento en que el anterior Gobierno, ya en la fase final de su mandato, se proponía culminar la renovación de toda la legislación militar con la Ley Orgánica 9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Se trataba de un trabajo en el que comenzábamos revisando la realidad del derecho constitucional español desde una consciente generalidad y sin ánimo de ser exhaustivos, pues nuestra intención era la de poner en su contexto el posterior estudio sobre los derechos fundamentales en las Fuerzas Armadas. Tras ese primer bloque, abordamos el estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas, en sus diferentes aspectos, las diferentes leyes reguladoras de la realidad militar, las competencias sobre la Defensa Nacional y su evolución en el tiempo, los derechos fundamentales más controvertidos en el seno de los Ejércitos y la jurisprudencia del TEDH. Finalmente, abordamos el, por entonces, anteproyecto de ley de derechos y deberes de los militares.

Ahora, finalmente, presentamos una visión integral de la regulación de la vida militar por parte del ordenamiento jurídico español, añadiendo a nuestro trabajo anterior un breve repaso a la historia reciente de las Fuerzas Armadas así como a la evolución de la Defensa Nacional, un estudio de la estructura de las Fuerzas Armadas a lo largo de los últimos cuarenta años, una fugaz incursión en el articulado de las diferentes leyes militares, jurisprudencia constitucional existente sobre derechos fundamentales de los militares, con especial atención a la sentencia del TC 219/2001 de 31 de octubre, un análisis de la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio de derechos y deberes de los militares y una breve mirada al derecho comparado.

Como indicamos ya en el trabajo de suficiencia investigadora, la aprobación de una Constitución de consenso en unos momentos en los que el poder militar aún era una amenaza para la democracia, supuso una descomunal restricción de derechos y libertades para el personal militar, sin parangón en el derecho comparado. El régimen, calificado por Huntington de autoritarismo burocrático², del que salía España había condicionado, es verdad, la opinión que tenían los españoles y la clase política, en concreto, del llamado estamento militar (en realidad, nunca ha

² HUNTINGTON, S. P., *La Tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1994, pág. 31 y 32-36

existido tal estamento, propiamente hablando pero el lenguaje se retuerce hasta extremos insospechados) y había generado prevenciones frente a los militares que desembocaron en tales cortapisas.

Junto a la prohibición del derecho de huelga y de sindicación (en lo que estamos de acuerdo), la prohibición de la libertad de expresión, siempre circunscrita a materias no políticas y siempre necesitada de la previa censura del superior jerárquico, la restricción de la libertad de asociación y de manifestación, del derecho a la libre circulación y residencia, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la precaria regulación del derecho a la tutela judicial efectiva o la ambigua regulación del derecho a la libertad religiosa en el ámbito castrense, entre otros, explicitan tal restricción.

En nuestro país, hemos llegado a ver, cómo, mientras ofender a los símbolos patrios y castrenses es prácticamente gratuito y bien visto desde determinados medios de comunicación, perfectamente identificables, el mero hecho de que un teniente general lea en público un artículo de la Constitución española (el artículo 8) mereció la sanción disciplinaria más severa por parte de algún que otro ministro de defensa³. Bien es cierto que oficiales superiores como aquél, así como oficiales no tan superiores, son los que, a diario y sirviéndose de esa misma coercitiva legislación impiden a sus subordinados expresar las más inocuas inquietudes.

Era especialmente interesante, pues, que examinásemos más profundamente el estado de los derechos fundamentales en el ámbito de las Fuerzas Armadas, en concreto, del derecho a la vida, la libertad de expresión, el derecho de reunión, el derecho de asociación, de sindicación, de huelga, de libre residencia y libre circulación, de libertad religiosa y de petición, por ser los de mayor relevancia práctica en la milicia (otros derechos, como el de sufragio, merecen quizás menos atención por nuestra parte, no por su menor importancia sino por su obvio y permanente reconocimiento al militar por parte del derecho español y comparado).

La trascendental sentencia del TC 219/2001 de 31 de octubre vino a reconocer el derecho de asociación militar, pese a la pasmosa indiferencia del ejecutivo socialista ante tal reconocimiento (con condena e ingreso en prisión incluido, de un brigada en el año 2007 por apoyar, de paisano y sin hacer uso de su condición militar, una concentración de guardias civiles; si bien es cierta la igual o incluso más grave responsabilidad de aquellos oficiales jurídicos que, desde una posición a mitad

³ Véase las declaraciones efectuadas por el Teniente General Mena el día cinco de enero de dos mil seis, en la celebración de la Pascua militar, en Sevilla

de camino entre la displicencia y la mezquindad, impusieron y ejecutaron tal sanción).

En los últimos años, sin embargo, el legislador, si bien en la fase terminal de la anterior legislatura y con no poca precipitación, se ha avenido a aprobar la ya mencionada Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que, con todas las reservas, constituye un avance en la mejora de las condiciones laborales del militar español.

Como iremos señalando la ley tiene, sin duda, puntos negros, como algunos usos filológicos “políticamente correctos”, pero absolutamente ridículos en la regulación del derecho a la igualdad, el voluntarismo que constituye la ordenación del derecho a la intimidad en los cuarteles sin desarrollo reglamentario alguno e ignorando lo que va a ser la praxis en las unidades militares, la inexacta e incompleta regulación del derecho a la libre circulación, la discriminación del alumno de la enseñanza militar en el disfrute de algunos derechos, la ambigua regulación del derecho de reunión, etc. Pero, insistimos, es un paso considerable y digno de reconocimiento. El legislador ordinario y orgánico, en suma, está llegando a un extremo al que tarde o temprano tenía que incorporarse: el del merecido reconocimiento de la condición de ciudadano al militar.

Ésto no sólo es la necesaria consecuencia de la aplicación del sentido común e incluso de la mera lectura de la Constitución (pues como afirma Herrero de Miñón, ésta ha de ser ante todo un “instrumento de integración”⁴), sino de la propia homologación de nuestra legislación ordinaria y orgánica con la legislación internacional. Y es que no nos faltan referencias legislativas para amparar un mayor y mejor estándar de derechos para el militar: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales y Económicos de 1966, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles de 1966, el Código de Conducta sobre Aspectos Político Militares de Seguridad de la OSCE de 1994, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Resolución 903 y las Recomendaciones 1572 o 1742 del Consejo de Europa, la Convención de la Organización Internacional del Trabajo, etc

Gracias a estos auspicios legislativos de parte del Derecho Internacional, pues, al militar español se le está reconociendo paulatinamente un estándar de derechos intermedio entre el progresismo de los países nórdicos y centroeuropeos, donde existen la posibilidad de sindicarse en el seno de la institución militar y la rigidez de ejércitos como el francés. Esto es, en definitiva, el extremo que nos debe satisfacer a todos: que se están extendiendo derechos a la ciudadanía. Al fin y

⁴ HERRERO DE MIÑÓN, M., *El valor de la Constitución*, Barcelona, Crítica, 2003, pag.60

al cabo, como decía Norberto Bobbio, “el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico sino jurídico...”⁵.

Y por nuestra experiencia en misiones internacionales de mantenimiento de la paz, en nada debe mermar la ejecutividad, la operatividad, la eficiencia de nuestras Fuerzas Armadas el reconocimiento de derechos a nuestros militares. Más aún, hemos conocido ejércitos como el italiano donde la disciplina y la marcialidad brillan por su ausencia y otros como el polaco donde el funcionamiento de la cadena de mando es preciso, regular y efectivo. Y en ambos ejércitos está reconocido el derecho de asociación.

Paralelamente y como tendremos oportunidad de justificar se está produciendo en los últimos años un proceso de administrativización que merece la pena mencionar ahora. Esto es, una transición desde el concepto institucional de Ejército hacia una consideración del mismo como administración militar por parte del poder político: fenómenos como la extensión a la legislación militar de situaciones administrativas, normas de conducta, permisos y licencias, horarios, jornada laboral, procedimientos, que hasta ahora eran propios del estatuto básico del empleado público civil dan buena cuenta de esta administrativización. Los artículos 5 y el 6 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la Carrera militar, por ejemplo, son expresión de esta administrativización. Ésta misma norma, ya en su exposición de motivos, dice claramente que “Tanto en las Reales Ordenanzas como en las regulaciones reglamentarias del régimen del personal militar profesional se incorporaran 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”.

Quede constancia, no obstante, de que como cualquier renovación, ésta que se está llevando a cabo en las Fuerzas Armadas está ocasionando pérdidas, en unos casos de recursos humanos, en otros de estilo, en otros de referencias, como tendremos ocasión de explicar.

El propósito fundamental de esta tesis doctoral, pues y como hemos tenido la oportunidad de esbozar, es ordenar y actualizar la visión general del estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas.

En segundo lugar y junto a este propósito principal nos proponemos analizar (en el sentido más etimológico) la nueva ley de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, mostrando sus aportaciones positivas, sus deficiencias desde el punto de vista técnico jurídico, sus

⁵ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pág.61

lagunas, etc

En tercer lugar y por extensión, someter a análisis toda la legislación militar, en su práctica totalidad, indicando qué normas, a nuestro juicio, aún adolecen de inconstitucionalidad; aquéllas absolutamente desfasadas; cuáles están aún sin desarrollo reglamentario y por lo tanto, sin efectividad material alguna; aquéllas que han creado situaciones de desamparo o falta de equidad entre los miembros de las Fuerzas Armadas, tales como las disposiciones transitorias de la Ley de la carrera militar que se refieren al sistema de ascensos y promoción de suboficiales u oficiales de complemento o las que se refieren a la homologación de los estudios militares a efectos de la legislación civil.

En cuarto lugar, indicamos el pretendido (desde el poder político) proceso de administrativización que hemos mencionado anteriormente: una transición desde un modelo institucional a un modelo de administración militar; si bien, con los matices doctrinales que nos llevan a considerar a las Fuerzas Armadas como orden concreto y como garantía institucional, siguiendo a la jurisprudencia constitucional y como desarrollaremos en su momento.

En quinto y último lugar, proponemos una serie de medidas que, a nuestro juicio deben ser adoptadas para corregir las ineficiencias de la actual legislación militar. En efecto, conscientes del carácter más propiamente ordenador y recopilador que creador del Derecho, en palabras de Schmitt⁶, no podemos permitirnos divagar acerca de qué otras muchas normas podrían ser creadas pero tampoco podríamos redactar una tesis doctoral sin proponer acciones legislativas que ordenen (o incluso reordenen) el complejísimo entramado legal al que están sometidos nuestros militares.

⁶ SCHMITT, C., *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2003, pág. 70

PRIMERA PARTE: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La Constitución española de 1978 fue aprobada en referéndum por el pueblo español el día 6 de diciembre de tal año, sancionada por el Rey el día 27 y publicada el día 29 del mismo mes.

Tal Constitución constituye el corolario de una larga (y no exenta de riesgos) secuencia de hechos desencadenados desde la muerte del General Franco (pues, como recuerda el profesor Torres del Moral, el franquismo no terminó por derrota militar sino por “consunción física y política”⁷) pasando por la aprobación, a principios de 1977 de la Ley 1/ 1977 de 4 de enero para la Reforma Política, la celebración de las primeras elecciones democráticas en junio de tal año y el trabajo realizado entre finales de 1977 y finales de 1978 en el seno de la ponencia elegida por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas constituida en las nuevas Cortes constituyentes. Es en suma, fruto de lo que Huntington llamó “políticas de compromiso”⁸ de la transición política española.

La Constitución española de 1978 es descendiente lejana del constitucionalismo liberal, fruto, a su vez, de lo que Álvarez Conde llama “un liberalismo atípico”⁹ que tiene su punto de partida en 1812 y ha estado jalonada de una larga serie de interrupciones, en muchos casos debidas a pronunciamientos militares.

Pero, a diferencia de las anteriores constituciones, la Constitución de 1978 está impregnada de “un cierto sentido de transformación de la sociedad, en el sentido de que esta se encuentra inmersa en un sentido progresivo”¹⁰. Es decir, no es una mera norma fundamental. Tampoco es una norma meramente orgánica. Y tampoco se detiene en una concepción liberal democrática de la

⁷ TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, Tomo I. Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, 2004, pág. 25

⁸ HUNTINGTON, S.P., *La Tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1994, pág. 155

⁹ ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Vol I, Madrid, Tecnos, 2005, pág. 67

¹⁰ NÚÑEZ RIVERO, C., *Teoría del Estado y Sistemas políticos*, Madrid, UNED, 1993, pág. 26

sociedad sino que trata de insuflar en la misma una serie de valores que le permitan transformarse a sí misma en un futuro cercano. Así se deduce de la voluntad expresada en el mismo Preámbulo: “establecer una sociedad democrática avanzada”.

Aun no pretendiendo ser exhaustivos, revisaremos ahora, brevemente, algunas de las características de la Constitución, siguiendo al profesor Alzaga:

- **Primero.** Es un código abierto: esboza (con toda la imprecisión que el verbo implica) un Estado autonómico, cuya definición queda a los Estatutos; se remite a menudo a la ley y al Derecho Internacional (en otras ocasiones, a nuestro juicio, simplemente utiliza tecnicismos necesitados de integración e interpretación posterior por el Tribunal Constitucional); incluye una cláusula de transferencia de competencias a organizaciones internacionales (art. 93); y por otra parte es una “Constitución de consenso”, lo que hizo que en no pocas ocasiones se redactara con una notable indefinición en política económica, cultural, internacional, etc. Piénsese, de nuevo, en el modelo autonómico, (pensado, en principio, para “dar respuesta a las aspiraciones descentralizadoras de las regiones españolas, especialmente de las denominadas nacionalidades históricas”, palabras del profesor Goig¹¹) que está trufado de ambigüedad, a nuestro criterio.
- **Segundo.** Extensa y garantista: es una de las más extensas en Derecho comparado y muy prolija en la regulación de los derechos fundamentales, quizás por el deseo de no repetir la precaria situación de los derechos fundamentales en el pasado más inmediato. De “filosofía garantista constitucional”, habla Goig¹².
- **Tercero.** Inspirada en modelos europeos: modelos fueron la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la italiana de 1947 y en menor medida, la francesa de 1958, la griega de 1975 o la de Portugal de 1976, además de la belga, la de Países Bajos y las nórdicas.
- **Cuarto.** Incorpora valores: ello es frecuente en el texto constitucional; artículos como el 1.1, el 9.3, el 10.1 o el 14 dan testimonio de ello. No es pues, solamente una norma que proclama derechos y que estructura los poderes del Estado.
- **Quinto.** Normativa: no es una Constitución nominal sino normativa, que ha de ser cumplida en todo momento por los poderes públicos (y por los ciudadanos, cabría añadir)
- **Sexto.** Consagra la democracia representativa: el pueblo español es el origen de la legitimación de todo poder político en España (art. 1.1)¹³.

¹¹ GOIG MARTÍNEZ, J.M. (coord.), NÚÑEZ RIVERO, C., NÚÑEZ MARTÍNEZ, M.A., *El Sistema Constitucional Español según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Universitas Internacional, S.L., 2004, pág 253

¹² GOIG MARTÍNEZ, J.M., *El Sistema Constitucional de derechos y libertades según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Universitas Internacional, S.L., 2006, pág.587

¹³ ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho Político Español según la*

Por su parte, el profesor Guerra¹⁴, considera dos de las notas apuntadas por el profesor Alzaga como las principales novedades de la Constitución de 1978 respecto a las anteriores: su aspecto ideológico y su fuerza jurídica vinculante.

- Desde el primer punto de vista, la Constitución diseña un orden político que pretende garantizar y proteger la libertad; separa poderes y garantiza derechos. Pero a diferencia de otras anteriores, proclama expresamente los objetivos, los principios y valores de la comunidad. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 21/81 de 15 de junio, dice con relación al asunto objeto del fallo: “una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario del militar ha de incorporar este sistema de valores...”¹⁵
- Desde el segundo punto de vista, confiere fuerza jurídica vinculante a sus preceptos. Éstos son reglas exigibles no sólo a los poderes públicos sino también a los ciudadanos. Dice el Tribunal Constitucional en su sentencia 80/82 de 20 de diciembre, que la “Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal”¹⁶.

Como complemento de lo anterior y quizás debido, (según el profesor Alzaga), “a la desconfianza subyacente hacia el poder político y la idea de que en última instancia hay que contar con guardianes frente a los excesos inevitables del poder”¹⁷, la Constitución crea instituciones y procedimientos para exigir el cumplimiento de esos mandatos: el Tribunal Constitucional y el recurso de inconstitucionalidad. No obstante, también la jurisdicción ordinaria puede intervenir en esta materia en la forma que veremos más adelante.

Por otra parte, el hecho de que la Constitución prevea la derogación de una serie de normas a la entrada en vigor de ésta, a través de su cláusula derogatoria refuerza este efecto directo de la Constitución.

La Constitución española de 1978, en segundo lugar, manifiesta su condición de norma fundamental, claramente. En efecto, dice el Tribunal Constitucional, en su sentencia 9/81: “La Constitución es una norma...pero una norma cualitativamente distinta de las demás por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de

Constitución de 1978, T. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, pág. 257

¹⁴ LÓPEZ GUERRA, L., *El Derecho Constitucional Español. Origen y características de la Constitución*, en *Derecho Constitucional. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Vol I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág 20

¹⁵ STC 21/81, de 15 de junio de 1981, FJ 10, BOE nº 161, de 7 de julio de 1981

¹⁶ STC 80/82 de 20 de diciembre de 1982, FJ 1, BOE nº13, de 15 de enero de 1983

¹⁷ ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, T. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, pág. 261

informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundadora de todo el orden jurídico”¹⁸.

La Constitución española es, como toda Constitución, subraya Álvarez Conde, una “especie de superley, una especie de norma normarum, que ocupa el vértice de la pirámide normativa”¹⁹. Pues bien, esta condición de norma suprema se desglosa, a su vez, en dos características:

- Es una norma que está sobre la ley: no puede ser reformada o derogada por leyes, como parece lógico y obvio, por otra parte. Sólo puede reformarse por un procedimiento más específico y agravado.
- Por otra parte, no puede ser ignorada ni vulnerada por los poderes públicos y si así ocurriese su actuación sería inconstitucional, sancionable y anulable.

Los mandatos constitucionales, por tanto, son indisponibles por los poderes públicos en su actuación ordinaria. En este sentido, son también límites a los poderes del Estado.

Estos límites son, a juicio del profesor Guerra²⁰, límites de forma, materiales y valorativos:

- Límites formales son aquellos que exigen que para adoptar una determinada decisión se sigan unos determinados procedimientos.
- Materiales son los que prohíben modificar el contenido de una institución o derecho.
- Valorativos son aquellos que exigen el respeto a valores o principios expresados por la Constitución.

La Constitución responde, además, como ya hemos dicho antes, a una concepción valorativa de la sociedad e instaura un marco básico y coherente de principios con la misma fuerza jurídica y con la misma protección que el resto de preceptos constitucionales. En este sentido, dice el artículo 1.1 de la Constitución: “El Estado español propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y el pluralismo jurídico”. Todos esos valores y principios tratan de

¹⁸ STC 9/1981, de 31 de marzo, en GOIG MARTÍNEZ, J.M. (coord.), NÚÑEZ RIVERO, C., NÚÑEZ MARTÍNEZ, M.A., *El Sistema Constitucional Español según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Universitas Internacional, S.L., 2004, pág 65

¹⁹ ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Vol I. Madrid, Tecnos, 2005, pág.156

²⁰ LÓPEZ GUERRA, L., *El Derecho Constitucional Español. Origen y características de la Constitución en Derecho Constitucional. El Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Vol I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág.30

orientar e inspirar el ordenamiento.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha empleado estas fórmulas para declarar la constitucionalidad de algunas normas y ha ratificado su fuerza jurídica vinculante. Así en la sentencia 18/81 dice el Tribunal Constitucional: “...la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental”.

Y en otro apartado, en relación al caso objeto del fallo: “...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 decisión...”²¹.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Las declaraciones de derechos están incluidas en la parte dogmática de las constituciones. Desde ese punto de vista, los derechos fundamentales son un elemento estructural de cualquier Estado de Derecho.

Dice el Tribunal Constitucional, en su sentencia 53/1985 de 11 de abril: “...los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, como dice el artículo 10.1 de la Constitución española, el fundamento del orden político y de la paz social”²².

En nuestra Constitución los derechos fundamentales están contenidos en el Título Primero. No obstante, como señala el profesor Alzaga, “hay tratamientos marginales de derechos fundamentales también en otras áreas de la Constitución”²³.

Son fundamentales porque, como dice el profesor de Esteban, “aluden a la importancia esencial que representan en la vida de cada persona, en su desarrollo y dignidad; y por otra parte,

²¹STC 18//81 de 8 de junio, FJ 2 y 3, BOE nº 143 de 16 de junio de 1981

²²STC 53/1985, de 11 de abril, en Juan Manuel Goig Martínez, Cayetano Núñez Rivero, María Acracia Núñez Martínez. *El Sistema Constitucional de derechos y libertades según la Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, Universitas Internacional, S.L, 2006, pág. 12

²³ ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, T. II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, pág. 37

porque al producirse su constitucionalización...acabarán alcanzando el máximo reconocimiento, además de los consiguientes efectos de naturaleza jurídica”²⁴. No obstante, como veremos después, la calificación de fundamentales requiere mayores precisiones.

Los derechos fundamentales, por otra parte, tienen dos dimensiones: a) Una dimensión axiológica y objetiva pues son elementos que definen jurídica y políticamente al Estado. b) Y una dimensión de derecho subjetivo. En efecto, dice el Tribunal Constitucional en su sentencia 25/81 que “son derechos subjetivos...en cuanto garantizan un status jurídico o libertad en un ámbito de existencia”²⁵.

Pero “al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”²⁶.

3.1 CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL Y UBICACIÓN

Dice Norberto Bobbio, en una definición que él mismo reconoce como ambigua que el derecho fundamental es “el derecho que permite la máxima realización de los otros derechos...”²⁷.

El Título Primero, “ De los derechos y libertades fundamentales” se divide en cinco Capítulos, presididos por el artículo 10, que proclama la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social.

El Capítulo Primero se llama “De los españoles y los extranjeros”.

El Capítulo Segundo, “Derechos y libertades”, se divide a su vez, en dos secciones: “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”(arts. 15 a 29) y “De los derechos y deberes de los ciudadanos (arts.30 a 38).

El Capítulo Tercero, se denomina “Principios rectores de la política social y económica”.

²⁴ DE ESTEBAN, J., GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *Curso de Derecho Constitucional Español, I*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1992, pág.260

²⁵STC 25/81 de 14 de julio, FJ5, BOE nº192, de 13 de agosto de 1981

²⁶STC 25/81 de 14 de julio, FJ 5, BOE nº 192, de 13 de agosto de 1981

²⁷ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Ed. Sistema, 1991, pág. 95

El Capítulo Cuarto, “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”.

Y el Capítulo Quinto, “De la suspensión de los derechos y libertades”.

Pues bien, la denominación “derechos fundamentales” ha sido usada con un doble sentido:

- Todas las normas de carácter material del Título Primero que confieren rango constitucional a un bien jurídico.
- O más propia y rigurosamente sólo los derechos previstos en los artículos 15 a 29 de la Constitución, mas los artículos 14 y 30 pues son los que constituyen el núcleo del status jurídico del individuo, acepción ésta última que creemos más ajustada a la verdad.

Por tanto, “no todos los derechos constitucionales son auténticos derechos fundamentales”, como dice el profesor Pérez Tremps²⁸. Éstos últimos gozan de una protección especial de cara a su reforma (art.168.1), en sus garantías (art.53.2) y en su desarrollo (art. 82 y ss). Así lo recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia 18/81: “...dada su trascendencia, la Norma Fundamental otorga una protección especial a los denominados derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 15 a 29), cuyo desarrollo está reservado a la Ley Orgánica, y cuya tutela específica se realiza ante los Tribunales ordinarios, junto con la relativa al principio de igualdad del art.14 y a la objeción de conciencia del artículo 30, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y en su caso, a través del recurso de amparo ante este Tribunal (art.53.2 de la propia Constitución)”²⁹.

3.2 CLASES

En primer lugar, podemos clasificar los derechos en función de su grado de garantía. Dice el profesor Torres del Moral que “un derecho vale lo que valen sus garantías”³⁰. En efecto, atendiendo a sus garantías podremos saber la efectividad de cada derecho.

Podemos hablar de tres grados de garantía constitucional:

²⁸ PÉREZ TREMP, P., *Derecho Constitucional. El Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Vol I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág.145

²⁹ STC 18/ 81 de 8 de junio, FJ 4, BOE nº 143 de 16 de junio de 1981

³⁰ TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Tomo I, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2004, pág. 550

- En primer lugar, los derechos fundamentales, es decir, los previstos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I, es decir, los artículos 15 a 29 (además del 14 y del 30) poseen un sistema de garantías reforzado (artículo 53.2): deben ser regulados mediante ley orgánica (art. 81), están amparados por una tutela preferente y sumaria y por un eventual recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

No obstante, téngase en cuenta que entre estos derechos se relacionan algunos que no son propiamente fundamentales (el artículo 20.3, por ejemplo, contempla la organización y control de medios de comunicación social).

- En segundo lugar, los derechos no fundamentales (Sección 2ª del Capítulo Segundo del Título I) gozan de una protección ordinaria: deben estar regulados por ley y ésta puede ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad.
- En tercer lugar, los Principios rectores de la política social y económica, Capítulo Tercero, Título I, gozarán de la protección que el legislador les confiera al desarrollarlos en normas infra-constitucionales (en leyes) y de la posibilidad de impugnarlas mediante el correspondiente recurso de amparo. Tal como dice el profesor Núñez Rivero, “no se trata propiamente de derechos subjetivos”³¹.

En segunda instancia, podemos clasificarlos en función de su naturaleza.

De acuerdo con ello podemos señalar dos clases de derechos, aunque no de forma estanca e incompatible como veremos:

- Los derechos de libertad son aquellos que delimitan negativamente el ámbito de actuación del individuo, es decir, obligan al Estado a abstenerse de entrar en su ámbito, tales como el de reunión, la libertad personal, la libertad de expresión, etc
- Los derechos de prestación son aquellos que exigen que el Estado lleve a cabo unas determinadas medidas que los hagan reales y efectivos.

En relación con el derecho a la educación y en relación con la libertad religiosa, por ejemplo, dice el Tribunal Constitucional, en su sentencia 38/2007 de 15 de febrero: “...el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas...pues también comporta una dimensión externa que se traduce en la posibilidad de ejercicio...de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso...y respecto de

³¹ NÚÑEZ RIVERO, C., *Teoría del Estado y Sistemas Políticos*, Madrid, UNED, 1993

las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, de naturaleza asistencial o prestacional”³².

No son categorías absolutamente disociadas o incompatibles sino que en ambas siempre hay algo de derecho prestacional y algo de derecho de libertad.

Por último, podemos clasificar los derechos fundamentales en función de su contenido y siguiendo la clasificación del profesor Alzaga, cabe hablar de:

- Derechos de ámbito personal: derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, a la libertad de creencias, a la libertad y seguridad, a la tutela judicial efectiva.
- Derechos de la esfera privada de la persona: honor, intimidad y a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, de circulación y residencia.
- Libertades públicas: derecho a la información y a la libertad de expresión, a la educación y a la libertad de enseñanza, de reunión y manifestación, de asociación.
- Derechos políticos: de petición, de participación, de acceso a cargos públicos.
- Libertades económicas: a la propiedad, de fundación, de empresa.
- Derechos sociales: al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, de sindicación, a la protección de la familia, culturales³³.

3.3 EFICACIA

El artículo 53.1 de la Constitución establece que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”. Es decir, según el Tribunal Constitucional, en su sentencia 80/82, “no puede haber duda a propósito de la vinculación inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los artículos 14 a 38”³⁴. De acuerdo con ello, los derechos fundamentales, los previstos en los arts. 14 a 38, en cuanto que derechos subjetivos, son plenamente exigibles ante los poderes públicos, sin necesidad de desarrollo legal alguno. Lo reitera el Tribunal Constitucional en su sentencia 39/1983, de 17 de mayo: “...los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo...”³⁵.

³² STC 38/2007 de 15 de febrero, FJ 5, BOE de 14 de marzo de 2007

³³ ALZAGA VILLAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, T II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, pág. 45

³⁴ STC 80/82 de 20 de diciembre de 1982, FJ 1 BOE nº 13 de 15 de enero de 1983

³⁵ STC 39/1983, de 17 de mayo, en Juan Manuel Goig Martínez (coord) *El Sistema Constitucional de derechos y libertades según la Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, Universitas Internacional, S.L., 2006, pág. 13

Los principios rectores previstos en el Capítulo Tercero, por el contrario, de acuerdo con el art.53.3 de la Constitución, no son derechos subjetivos, no otorgan derechos a los particulares y por tanto sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción en la medida en que sean desarrollados por las leyes. Dice el Tribunal Constitucional, en su sentencia 199/1996: “el artículo 45 de la Constitución enuncia un principio rector, no un derecho fundamental. Los Tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, sin duda, pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional (art. 53.3 CE; SSTC 32/1983, fundamento jurídico 2, 149/1991, fundamento jurídico 1 y 102/1995, fundamentos jurídicos 4-7)”³⁶. No obstante, podrán desempeñar un valioso papel interpretativo.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha señalado como núcleo irrenunciable de los derechos fundamentales el “inherente a la dignidad de la persona” y se apoya en el artículo 10.1 de la Constitución y en los Tratados internacionales válidamente celebrados por España.

Por último, debemos señalar la eficacia que tales derechos fundamentales tienen también frente a particulares pues así se deduce de la lectura del artículo 9.1 de la Constitución: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y a resto del ordenamiento jurídico”.

No obstante, la eficacia de los derechos fundamentales respecto de los particulares es una eficacia, en palabras de Sánchez González “mediata o indirecta”³⁷. Es decir, sólo existe en la medida en que los poderes públicos hayan definido el alcance de aquéllos, fundamentalmente a través de la ley y de la acción jurisdiccional, es decir, los jueces y tribunales.

3.4 LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hay una casi total unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia para señalar que los derechos fundamentales están sujetos a límites, es decir, que no son derechos absolutos. En la sentencia 11/81, el Tribunal Constitucional afirma que “...el reconocimiento del derecho de huelga no tiene por qué entrañar necesariamente el de todas las formas y modalidades, el de todas las posibles finalidades pretendidas y menos aún el de todas las clases de acción directa de los

³⁶ STC 199/1996, en GOIG MARTÍNEZ, J.M., (coord) *El Sistema Constitucional de derechos y libertades según la Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, Universitas Internacional, S.L., 2006, pág 573

³⁷ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., en *La democracia constitucional española*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, pág 262

trabajadores”. Y más adelante dice también: “Ningún derecho constitucional, sin embargo, es un derecho ilimitado. Como todos, el de huelga ha de tener los suyos, que derivan, como más arriba se dijo, no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos³⁸”.

En lo que discrepa la doctrina es en cómo llamarlos. A continuación ofrecemos algunas opiniones doctrinales.

El profesor Álvarez Conde, por ejemplo, explica que hay límites “expresos e inmanentes”³⁹, es decir, aquéllos que se originan del propio contenido esencial del derecho y límites que están constituidos por otros derechos fundamentales.

Por su parte, el profesor Pérez Tremps, habla de límites internos y externos⁴⁰.

- Límites internos son aquéllos que resultan inherentes a la propia definición del derecho en cuestión. Son definidos por el legislador y adaptados a la realidad por jueces y tribunales.
- Límites externos son aquellos impuestos por la ley para hacer posible el ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales de que se trate en cada momento. A su vez, éstos pueden ser expresos e implícitos.

a. Límites expresos

Los límites expresos pueden ser de carácter general o específicos:

Límite expreso de carácter general es, por ejemplo, el respeto al ejercicio de los derechos de los demás, artículo 10.1 de la Constitución.

Límite expreso de carácter específico, por ejemplo, es el orden público, que es un límite al ejercicio de la libertad religiosa y de culto (art.16.1 de la Constitución), la función social de la propiedad (art. 33.2 de la Constitución), etc

³⁸ STC 11/81 de 8 de abril de 1981, FJ 7 y 10, BOE nº99, de 25 de abril de 1981

³⁹ ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2005, pág.328

⁴⁰ PÉREZ TREMP, P., *Derecho Constitucional. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Vol I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pág.153

b. Límites implícitos

Son aquellos que se deducen de la propia filosofía del ordenamiento jurídico, de su propia mecánica y según el Tribunal Constitucional, deben fundamentarse en bienes constitucionalmente protegidos.

Dice el Tribunal Constitucional en su sentencia 120/90 que “sólo ante los límites que la propia Constitución imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7º; 2/1982, fundamento jurídico 5º; 110/1984, fundamento jurídico 5º)...en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable (STC 53/1986, fundamento jurídico 3º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 13/1985, fundamento jurídico 2º) y ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se impone (STC 37/1989, fundamento jurídico 7) y en todo caso, respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4, 5, 6; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse”⁴¹.

La determinación de qué bienes están constitucionalmente protegidos compete al legislador y a jueces y tribunales y en tal labor se han de proporcionar e interpretar restrictivamente tales límites.

3.5 MEDIOS DE PROTECCIÓN

El mero reconocimiento de los derechos fundamentales por parte de los textos constitucionales no garantiza que su ejercicio efectivo sea respetado, como decíamos antes, en palabras del profesor Torres del Moral. De ahí que las constituciones y en concreto la nuestra establezcan, a la par, un sistema de protección y garantía.

En principio cabe hablar de garantías genéricas y de garantías jurisdiccionales.

Las genéricas tratan de evitar que los poderes públicos, a través de normas de rango

⁴¹STC 120/90 de 27 de junio de 1990, FJ 8, BOE nº 181, de 30 de julio de 1990

infraconstitucional vacíen de contenido a los derechos fundamentales que, supuestamente, pretenden desarrollar.

Las jurisdiccionales son aquéllas que permiten al ciudadano acudir ante los tribunales en caso de vulnerarse uno de sus derechos fundamentales. Se trata por tanto, de una reacción.

GARANTÍAS GENÉRICAS

En primer lugar, la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo 2º del Título I, lo cuál se deduce del art.53.1 de la Constitución, según el cual, tales derechos “vinculan a todos los poderes públicos”. Por tanto, aquéllos, como ya he dicho en un epígrafe anterior, “no necesitan ser desarrollados legislativamente para que sean aplicables”⁴². Dice el Tribunal Constitucional en su sentencia 21/81 que “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 y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”⁴³.

Una segunda garantía genérica, de acuerdo con el artículo 53.1 de la Constitución es que: “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Más en concreto, los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I, sólo pueden ser regulados por ley orgánica, de acuerdo con el artículo 81.1 de la Constitución, es decir, aquéllas que requieren mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. Así lo recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia 116/99: “ los derechos fundamentales y libertades públicas cuyo desarrollo está reservado a la Ley Orgánica por el art. 81.1 de la Constitución, son los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I (arts. 15 a 29) y no cualesquiera otros derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional”⁴⁴.

En tercer lugar, de acuerdo con el artículo 54 de la Constitución y su ley de desarrollo, la LO 3/81, de 3 de abril, el Defensor del Pueblo, es otra de las garantías que podríamos considerar como genéricas, prevista para defender los derechos reconocidos por el Título I, en su condición de

⁴²ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Vol I, Madrid, Tecnos, 2005, pág. 605

⁴³ STC 21/81, de 15 de junio de 1981, FJ 10, BOE nº 161, de 7 de julio de 1981

⁴⁴ STC 116/99, de 17 de junio de 1999, FJ 3, BOE nº 162, de 8 de julio de 1999

alto comisionado de las Cortes Generales.

GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Son instrumentos de reacción al servicio del ciudadano para que, en caso de violación de un derecho puedan obtener la preservación del mismo o su restablecimiento. El instrumento base⁴⁵, siguiendo a Sánchez González, a disposición del ciudadano es el artículo 24.1 de la Constitución. Junto a ello, otras garantías jurisdiccionales están previstas en el artículo 53.2 de la Constitución: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Éste último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Es decir, que además de la protección habitual que ofrecen los tribunales de justicia ante la violación de un derecho (art. 24.1), los derechos fundamentales gozan de una protección extraordinaria, bien por parte de los tribunales ordinarios a través de un procedimiento preferente y sumario o bien por parte del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo constitucional, como ya explicamos anteriormente.

Los derechos fundamentales son, pues, auténticos derechos subjetivos tutelables por los Tribunales, según se deduce de la lectura del artículo 53.2 de la Constitución. El artículo 53.2 de la Constitución presenta, de hecho, una doble virtualidad:

- Ofrece base a una serie de acciones procesales de defensa y protección de los derechos fundamentales
- Y además, él mismo instituye para el ejercicio de tales acciones un procedimiento preferente y sumario, que tendrá lugar ante un juzgado o tribunal ordinario.

⁴⁵ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., MELLADO PRADO, P., GOIG MARTÍNEZ, J.M., *La democracia constitucional española*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, pág. 392

Junto a éste se encuentra el procedimiento a seguir para interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Además, como explica el profesor Torres del Moral, las garantías jurisdiccionales han quedado elevadas, ellas mismas, por la Constitución a la categoría de derechos públicos subjetivos. Ellas mismas “han sido proclamadas como derechos”⁴⁶.

Es preciso decir, por otra parte, que no existe un procedimiento único sino que se han establecido acciones procesales específicas en cada orden:

- La LJCA 29/1998 de 13 de julio dedica el Capítulo I del Título V a regular un procedimiento de protección frente a los actos de las Administraciones Públicas.
- La LPL, aprobada por RD legislativo 2/1995 de 7 de abril prevé en su Capítulo XI del Título II del Libro II un procedimiento de defensa de la libertad sindical.
- La LEC 1/2000 de 7 de enero prevé el juicio ordinario (art. 249) como defensa de los derechos fundamentales.
- En el ámbito penal encontramos la Ley 62/1978 de 26 de diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la personal.
- Y en el ámbito militar encontramos también un procedimiento preferente y sumario para defender los derechos fundamentales en la Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, Procesal Militar.

⁴⁶ TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Tomo I, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2004, pág.555

SEGUNDA PARTE: LAS FUERZAS ARMADAS

4. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LAS FUERZAS ARMADAS

4.1 PRESENTACIÓN

El Gobierno, según el artículo 97.1 de la Constitución dirige la administración civil y militar del Estado.

Pues bien, es en su artículo 8 donde la Constitución española define a las Fuerzas Armadas: “...constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”.

Según el artículo 149.1.4 de la Constitución, asimismo, la competencia en materia de Defensa y Fuerzas Armadas corresponde al Estado.

Precedentes de tal constitucionalización los encontramos en los Capítulos I y II del Título VIII, llamado “De la fuerza militar nacional”, de la Constitución de Cádiz de 1812, en la que se crearon tropas de continuo servicio y milicias nacionales.

En relación a las primeras, dice el artículo 356 que: “Habrà una fuerza militar nacional permanente, de tierra y de mar, para la defensa exterior del Estado y la conservación del orden interior”. Otros artículos de interés son los que van del 357 al 361. El artículo 357 atribuye a las Cortes la facultad de fijar el número de tropas ; el 358 consigna, asimismo, que serán las Cortes quienes fijarán el número de buques de la marina militar; el 359 se refiere a la aprobación de unas ordenanzas que rijan todo lo relativo a disciplina, ascensos, sueldos, etc; el 360 ordena la creación

de escuelas militares y el 361 establece la obligación de todo español de acudir cuando fuese llamado.

Por su parte, el art. 362, dentro ya del Capítulo II, dice que: “Habrà en cada provincia cuerpos de milicias nacionales, compuestos de habitantes de cada una de ellas, con proporci3n a su poblaci3n y circunstancias”. Concreta el art. 364 que “El servicio de estas milicias no serà continuo, y s3lo tendrà lugar cuando las circunstancias lo requieran”. Y el art3culo 365 a3ade que “En caso necesario podrà el Rey disponer de esta fuerza dentro de la respectiva provincia, pero no podrà emplearla fuera de ella sin otorgamiento de las Cortes.”

Más reciente y premonitoriamente en el art. 37 de la Ley Orgánica del Estado del régimen franquista, establece que: “Las Fuerzas Armadas de la Naci3n, constituidas por los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire y las Fuerzas de Orden P3blico, garantizan la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional”. Esbozando de esta manera, la estructura y parte del contenido que finalmente tendr3a el art3culo 8 de la actual Constituci3n.

En derecho comparado tambi3n cabe hallar art3culos similares como el art. 87 de la Ley fundamental de Bonn de 1949. Éste dice en su apartado a:

“1. La Federaci3n organizarà las Fuerzas Armadas para la defensa. Los efectivos num3ricos y las caracter3sticas fundamentales de la organizaci3n deberàn expresarse en el presupuesto.

2. Fuera de la defensa, las Fuerzas Armadas podràn utilizarse s3lo cuando así lo autorice expresamente la presente Ley Fundamental.

3. En los casos de defensa y de tensi3n, las Fuerzas Armadas estaràn autorizadas para proteger objetos civiles y asumir tareas de regulaci3n del tráfico, en tanto que ello sea necesario para la realizaci3n de su misi3n de defensa. Ademàs, en los casos de defensa y de tensi3n, podrà tambi3n confiarse a las Fuerzas Armadas la protecci3n de objetos civiles para apoyar así medidas policiales; en estos casos, las Fuerzas Armadas cooperaràn con las autoridades competentes.

4. Para prevenir un peligro inminente para la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federaci3n o de un Land, el Gobierno Federal podrà, siempre que se den los requisitos del art3culo 91, apartado 2, y cuando no resultaren suficientes las fuerzas de la polic3a y del Cuerpo Federal de Protecci3n de las Fronteras, utilizar las Fuerzas Armadas para apoyar a la polic3a y al Cuerpo Federal de Protecci3n de las Fronteras en la protecci3n de objetos civiles y para luchar contra sediciosos organizados y militarmente armados. Deberà cesar la actuaci3n de las

Fuerzas Armadas cuando así lo exigieran el Bundestag o el Bundesrat.”

Vemos, en esta redacción cómo la Ley Fundamental de Bonn, añade innovadoras misiones como proteger objetivos civiles, regular el tráfico y apoyo a la acción policial y a la de otros cuerpos de seguridad.

Por su parte, el artículo 79 de la Constitución austríaca de 1920 reza así:

“1. Corresponde al Ejército federal la defensa nacional del país.

2. El Ejército federal estará destinado además, en la medida en que la potestad civil legalmente establecida lo exija a,

1) las siguientes tareas fuera del ámbito de la defensa militar del país:

a) protección de las instituciones constitucionales y de su capacidad de funcionamiento, así como de las libertades democráticas de los habitantes;

b) al mantenimiento del orden y la seguridad interiores;

2) prestar ayuda en caso de sucesos y accidentes de magnitud extraordinaria.

3. Se regulará por la Ley Constitucional Federal cualesquiera otras tareas del Ejército federal.

4. La Ley de Defensa (das Wehrgesetz) determinará qué autoridades y órganos estarán directamente facultados para recabar la intervención del Ejército federal para los fines especificados en el párrafo dos.

5. Sólo se permitirá la intervención militar independiente con los fines especificados en el párrafo 2 cuando las autoridades competentes no se encuentren, por causa de fuerza mayor, en condiciones de promover dicha intervención y sea previsible algún daño irreparable para la colectividad como consecuencia de una mayor dilación, o bien cuando se trate de eliminar una resistencia violenta (gewalttatiger Widerstand) o de rechazar un ataque efectivo dirigido contra algún sector del Ejército federal.”

Sin duda, lo más llamativo de este artículo 79 es este último número 5 establece una facultad absolutamente insólita en nuestro entorno europeo: la posibilidad de que las Fuerzas Armadas, independientemente, intervengan en la vida nacional, en caso de que una fuerza mayor o una resistencia violenta o un ataque.

Y el art. 273 de la Constitución portuguesa de 1976 se inscribe en la misma línea:

“1. Las Fuerzas Armadas portuguesas garantizarán la independencia nacional, la unidad del Estado y la integridad del territorio.

2. Las Fuerzas Armadas portuguesas forman parte del pueblo e, identificados con el espíritu del Programa del Movimiento de las Fuerzas Armadas, aseguran a prosecución de la Revolución de 25 de abril de 1974.

3. Las Fuerzas Armadas portuguesas garantizarán el funcionamiento regular de las instituciones democráticas y el cumplimiento de la Constitución.

4. Las Fuerzas Armadas portuguesas tendrán la misión histórica de garantizar las condiciones que permitan la transición pacífica y pluralista de la sociedad portuguesa a la democracia y al socialismo.

5. Las Fuerzas Armadas portuguesas colaborarán en las tareas de reconstrucción nacional.”

Esta Constitución, con independencia del carácter ideológico de sus declaraciones, debido al particular proceso revolucionario de la que es consecuencia (la Revolución del 25 de abril), ha prestado a la nuestra algunas expresiones como “garantizar la independencia”. No obstante, lo más destacable, como hemos dicho es el papel trascendental que se atribuye a las Fuerzas Armadas en la construcción de la nueva democracia constitucional.

En el ámbito infraconstitucional español cabe mencionar varias leyes que han ido conformando con el paso del tiempo el marco jurídico en el que se inscriben los militares. Y aunque serán objeto de tratamiento específico posteriormente mencionamos ahora, entre otras, la Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, primera ley del Gobierno Zapatero que, como dice su artículo 1, regula la defensa y establece las bases de la organización militar conforme a lo establecido por la Constitución. Entre otras cosas:

- Actualiza el modelo organizativo de la defensa nacional
- Incluye misiones de las Fuerzas Armadas no recogidas en la anterior normativa
- Crea una nueva modalidad de participación de las Cortes Generales en el control de las decisiones gubernamentales que impulsen nuevas misiones en el exterior
- Redistribuye competencias en materia de Defensa Nacional entre el Presidente del Gobierno, Ministro de Defensa y Cortes Generales
- Crea el Consejo de Defensa Nacional
- Implanta una nueva organización en la que se diferencia el mando orgánico y el operativo
- Subraya los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia

- Regula las reglas esenciales de comportamiento de los militares
- Establece el principio de contribución gradual y proporcionada a la Defensa Nacional
- Crea la figura del reservista.

4.2 HISTORIA RECIENTE DE LA DEFENSA NACIONAL

La institución militar ha conocido a lo largo de la historia numerosísimas reorganizaciones. La mayoría modificaron principios doctrinales, introdujeron cambios orgánicos o bien modernizaron, reorganizaron o matizaron competencias, plantillas, armamento o instalaciones. Sin embargo, sólo algunas de ellas afectaron a la esencia de la misma.

En primer lugar, en España, como en otros países europeos y simultáneamente al advenimiento de la dinastía Habsburgo, se produjo una institucionalización del concepto de ejército permanente y multinacional: las antiguas unidades de guardias reales y lugartenientes no satisfacían las necesidades del naciente Estado moderno y en especial de las guerras en Flandes, cuya “inusitada insistencia hizo que se considerase necesario un núcleo permanente de 1300 a 1500 hombres completado con otras fuerzas”⁴⁷.

Del siglo XVIII, lo que más se puede destacar, desde el punto de vista militar, es: primero, el afán de regularizar y reglamentar que albergaban los borbones y que racionalizó todo el cuerpo normativo, sobre todo durante el reinado de Carlos III; segundo, el resurgir de la Armada y tercero, el mayor interés por América.

En el siglo XIX, el ejército se convirtió en una institución nacionalista cuyo santo y seña era la defensa de la integridad territorial, principalmente y del orden público. En ello, tuvo una importancia capital la Constitución de 1812 que “resuelve por primera vez la conversión de un ejército absolutista, al servicio del monarca en un ejército constitucional al servicio de la nación representada en las Cortes”⁴⁸.

⁴⁷ GARCÍA HERNÁN, D., CATALÁ MARTÍNEZ, I., *Historia de la Guerra*, Madrid, Editorial Síntesis, 2012, pág.115

⁴⁸ SORIA SESÉ, L., La ordenación jurídica del ejército español decimonónico, en *Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España (SXII-XX)*, Ponencias presentadas en el Curso de Verano organizado por el Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la UNED, Madrid, Polifemo, 1996, pág.243

Desde finales de los años sesenta, ha ido generándose un modelo de Fuerzas Armadas más moderno, profesional y orientado a la participación en operaciones multinacionales y últimamente en operaciones más propias de protección civil, como las que protagoniza la recientemente creada UME (Unidad Militar de Emergencia): extinción de incendios, retirada de nieve en carreteras, auxiliar a la población en el caso de catástrofes naturales, etc

En todo ese período cabe distinguir dos fases: la primera, que arranca en los últimos años del régimen franquista y nos parece que terminaría en el año 1984, cuando el Ministro Narcís Serra establece claramente la subordinación del poder militar al civil; y la segunda que llega hasta la actualidad, en la que disponemos ya de un nuevo concepto de política de defensa, merced a la Ley 5/2005 de la Defensa Nacional, en la que se han institucionalizado las ya mencionadas nuevas misiones para las Fuerzas Armadas, en la que se ha reformado profundamente la organización militar, en la que se han profesionalizado íntegramente las mismas y en la que nuestros militares participan en numerosas misiones de mantenimiento de la paz.

Nuestras Fuerzas Armadas han dejado de estar orientadas a la defensa del orden interior, de ser unas Fuerzas Armadas débiles, desde el punto de vista operativo, han superado la frustración creada tras los acontecimientos de Sidi Ifni y de la Marcha Verde, ya no están dirigidas por mandos ideológicamente nacionalistas e incondicionalmente afectos al régimen (al respecto, Julio Busquets cuenta, cómo el militar español no leía Diario 16, La Vanguardia o El País sino El Alcázar, El Imparcial y Fuerza Nueva: “todo lo cual contribuía a que los militares tuviesen a menudo criterios, ideologías y sistemas de valores distintos a los del resto de la sociedad...”⁴⁹) y ya no están nutridas por una tropa carente de motivación y deficientemente instruida y hoy son unas Fuerzas Armadas capaces de integrarse en unidades militares multinacionales y cuentan con un alto grado de modernización, tecnificación, operatividad y flexibilidad, así como con una tropa totalmente profesional.

Es en los años anteriores a la muerte del General Franco cuando se armó la estrategia que permitiría, más tarde, el relevo en la jefatura del Estado y de las Fuerzas Armadas y que posibilitó en definitiva, la transición política, económica, cultural, social.

Son especialmente relevantes tres figuras en este período: el General Manuel Díaz Alegría, que primero dirigió el CESEDEN, Centro Superior de Estudios para la Defensa y posteriormente

⁴⁹ BUSQUETS, J., El Ejército durante el franquismo y la transición, en *Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España (SXII-XX)*. Ponencias presentadas en el Curso de Verano organizado por el Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la UNED, Madrid, Polifemo, 1996, pág 351

fue nombrado jefe del Alto Estado Mayor, el comandante Andrés Casinello, jefe del Servicio Central de Documentación de la Presidencia del Gobierno (SECED), en cuyo seno se debatieron y diseñaron las condiciones para que los militares asumieran la necesidad del cambio en la sociedad española, en general y en el ejército en particular y el Teniente General Gutiérrez Mellado, a quien se puede considerar discípulo del primero.

Éstos, además, conscientes del papel decisivo de las Fuerzas Armadas en la transición, impulsaron numerosos proyectos para modernizar la obsoleta estructura orgánica de la defensa, mejorar la operatividad de las unidades, acercar al Ejército y a la sociedad española, etc No obstante, se repartieron los papeles, de modo que el Alto Estado Mayor, centró más sus esfuerzos en que el relevo en la Jefatura del Estado se produjese sin sobresaltos y el SECED, el Servicio Central de Documentación, se ocupó de facilitar la reforma política que eventualmente se derivaría de aquél.

El ya mencionado CESEDEN (Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional), en segundo lugar, ocupa por sí mismo, un lugar destacado en la transición española, pues autónomamente y en solitario, emprendió en el seno de las Fuerzas Armadas dichas reformas y asumió la responsabilidad de definir el concepto de defensa nacional, política de defensa y política militar.

Finalmente, toda esta suma de recursos humanos, de proyectos, de material doctrinal proporcionó los pilares a la posterior labor legislativa que culminaría en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regularon los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar.

La defensa nacional, según esta ley era “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” y en ello, las Fuerzas Armadas constituían el núcleo aglutinador de dicho esfuerzo colectivo.

La ley también estableció una jerarquía entre las políticas relacionadas con la seguridad: en primer lugar, una política general; ésta, a su vez, diseñaría los objetivos de la política de defensa y ésta los de la política militar, que determinaría, a su vez, la organización, preparación y actualización del potencial militar.

La Junta de Jefes de Estado Mayor, como órgano colegiado superior de la cadena de mando militar de los tres ejércitos era, de acuerdo con la ley, responsable de la máxima eficacia operativa conjunta, estaría integrada en el Ministerio de Defensa, presidida por un Presidente con categoría de Almirante o Teniente General y contaría con un Estado Mayor Conjunto como órgano auxiliar de mando.

Pues bien, la JUJEM debía formular el Plan Estratégico Conjunto, determinado dentro de él, el Objetivo de Fuerza Conjunto, donde se expresarían la estructura, la cantidad y calidad de la fuerza militar necesaria para alcanzar los objetivos estratégicos contenidos en el mencionado Plan Estratégico Conjunto.

Sin embargo, posteriormente y por motivos prácticos el Plan Estratégico Conjunto ha quedado definido por dos elementos: el Concepto Estratégico y el Objetivo de Fuerza Conjunto, definiendo el primero, la estrategia militar (objetivos, riesgos, amenazas) y el segundo, la herramienta para alcanzar dichos objetivos estratégicos.

Pues bien, las fuerzas políticas de la Transición optaron por continuar la política de defensa iniciada por el franquismo en 1953, de occidentalismo y autonomía en la defensa del territorio nacional, terminando imponiéndose sobre la alternativa neutralista. Los sucesivos Gobiernos de la democracia han ampliado y perfeccionado la vinculación española con el mencionado bloque.

Así, en primer lugar, se elevó el rango del pacto con Estados Unidos. Seguidamente, se solicitó el ingreso en la Organización del Tratado del Atlántico Norte que tuvo lugar finalmente durante el Gobierno de Leopoldo Calvo Sotelo, “por 186 votos frente a 146”⁵⁰, Gobierno bajo el cual se revisan de nuevo los tratados bilaterales con Estados Unidos. España se adhiere al Tratado de Washington el treinta de mayo de 1982. A partir de ese momento, el Ministro de Defensa comenzó a participar en las reuniones del Comité de Planes de Defensa y en el de Planes Nucleares. Por su parte, el Presidente de la JUJEM comenzó a asistir a las reuniones del Comité Militar de la OTAN⁵¹.

Posteriormente, el Presidente González, que previamente se había opuesto a la entrada en la OTAN, ya en el Gobierno promovió la reorientación de la política de Defensa hacia el atlantismo mediante el “Decálogo sobre Paz, Seguridad, Cooperación y Defensa”, expuesto en el Congreso de

⁵⁰ PLATÓN, M., *Hablan los militares*, Barcelona, Planeta, 2001, pág. 482

⁵¹ PLATÓN, M., *Hablan los militares*, Barcelona, Planeta, 2001, pág. 482

los Diputados el 23 de octubre de 1984 y se dispuso a proponer al Rey la convocatoria de un referéndum, mediante el que se sometería a la voluntad del pueblo español la permanencia de España en la OTAN en las siguientes condiciones:

- La participación de España en la Alianza no incluirá su incorporación a la estructura militar integrada.
- Se mantendrá la prohibición de instalar, almacenar o introducir armas nucleares en el territorio español.
- Se procederá a la reducción progresiva de la presencia militar de los Estados Unidos en España.
- Además, España se integraría en la Unión Europea Occidental.

En 1990 culminó este proceso con la admisión de España en la UEO y la firma del protocolo de integración en la estructura militar de la OTAN. Este protocolo comprendía, entre otros, cinco grandes puntos:

- Impedir la ocupación del territorio nacional.
- Defender el espacio aéreo peninsular, sus áreas adyacentes y las operaciones aeronavales que se realizaran.
- Controlar el estrecho de Gibraltar y sus accesos.
- Proporcionar apoyo logístico de retaguardia. Y autorizar el libre tránsito de aeronaves.

El 14 de noviembre de 1996, el Congreso aprobó la autorización al Gobierno de José María Aznar para que negociase el ingreso de España en la Nueva Estructura de Mandos de la OTAN. De este modo, en 1997, el Comité Militar de la OTAN, acordó en Maastricht crear el Mando Conjunto Subregional del Sudoeste, subordinado al Mando Regional Sur e integrado en el Mando Estratégico de Europa.

El 1 de enero de 1999, España entra en la estructura militar de la OTAN y seis meses después se constituye el Cuartel General del nuevo mando, con sede en Madrid, con competencias operativas sobre las unidades desplegadas en todo el territorio español, incluyendo Canarias, una región, como se sabe, de gran interés estratégico para España.

En otro orden de cosas y retrocediendo un poco en el tiempo, en 1994, el aún Gobierno socialista había decidido aportar tropas al Cuerpo de Ejército Europeo.

En efecto, el Eurocuerpo había sido constituido por los presidentes Mitterrand y Kohl el 22 de mayo de 1992 en La Rochelle. Bélgica se sumó a esta iniciativa un año después y el 1 de julio de 1994, España aportó una División mecanizada. La integración definitiva se produjo el 31 de diciembre de 1998 con la incorporación de la Brigada de Infantería Mecanizada Extremadura XI y las unidades restantes del Núcleo de Tropas Divisionario (NTD) de la División Mecanizada Brunete.

La decisión de emplear esta unidad es competencia de cada Gobierno. Actualmente, los gobiernos podrían emplear el Eurocuerpo en el marco de la Unión Europea, en el marco de la OTAN o bien de forma independiente. Sus misiones son:

- Defensa común de los aliados en aplicación de los artículos 5 y V de los Tratados de Washington y Bruselas, respectivamente.
- Mantenimiento y restablecimiento de la paz.
- Acciones humanitarias

Simultáneamente a todo este proceso que hemos narrado, la desaparición del Pacto de Varsovia en 1989 había cuestionado la virtualidad de la OTAN. Sin embargo, el aumento de la participación de tropas de la OTAN y de la UEO en Operaciones de Mantenimiento de la Paz permitió a los Gobiernos occidentales justificar su existencia. Desde entonces, sus objetivos fueron la defensa del orden occidental y los derechos humanos de los pueblos.

Desde el primer momento, el presidente González alentó a su ministro de Asuntos Exteriores, Francisco Fernández Ordóñez, a que impulsara la participación militar de España en dichas misiones. La primera misión fue la UNAVEM I, Misión de verificación de las Naciones Unidas en Angola, en 1989. A ella le siguieron otras muchas en Namibia (UNTAG), Nicaragua (ONUCA), Haití (UNAVEH), Irak (Provide Comfort), El Salvador (ONUSAL), Macedonia (ECTF), Ruanda (UNAMIR), Mozambique (ONUMOZ), o Bosnia, habitualmente cumpliendo los mandatos de Naciones Unidas.

En efecto, son destacables las misiones llevadas a cabo en Bosnia o en Kosovo. La primera se inició primero bajo los auspicios de Naciones Unidas (UNPROFOR). Después, tras los acuerdos de Dayton, continuó bajo la cobertura de la OTAN, como Fuerza de Implementación (IFOR). Y finalmente, como Fuerza de Estabilización (SFOR). En el caso de Kosovo, la presencia española comienza en 1998, bajo el paraguas de la OSCE y continuó bajo mandato de la OTAN como Fuerza

de Seguridad para Kosovo (KFOR), en la que modestamente, tuvimos la oportunidad de participar en el año 2007 con la agrupación llamada KSPFOR XVII.

Los atentados “yihadistas” contra las Torres Gemelas y el Pentágono del 11 de septiembre de 2001 influyeron de forma capital en la Revisión Estratégica de la Defensa, documento que pretendía definir a medio y largo plazo el modelo de ejército para el siglo XXI y que fue consensuado por todas las fuerzas políticas del arco parlamentario. A continuación, reproducimos catorce de sus puntos, por su interés en nuestro objeto de estudio:

1. “Encuadradas en el Ministerio de Defensa, las Fuerzas Armadas, elemento esencial de la Defensa, constituyen una entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción de cada uno de sus componentes: el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. El Ministro de Defensa dirige su actuación, bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, en el marco de la política de Defensa y con el control del Parlamento.

2. El esfuerzo de Defensa debe estar orientado hacia la Fuerza, razón de ser de toda organización.

3. Todas las unidades deberán estar preparadas para las acciones más exigentes del combate independientemente de que puedan desempeñar otro tipo de misiones.

4. Las Fuerzas Armadas deberán estar configuradas para responder eficazmente a las nuevas misiones que se le encomienden en el marco conjunto y combinado.

5. Al JEMAD, Comandante Operativo de las Fuerzas Armadas, le corresponderá la conducción estratégica de las operaciones y ejercerá el mando sobre los componentes de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas. Se creará un Mando de Operaciones que, directamente subordinado al JEMAD ejercerá por delegación de éste, la conducción operacional.

6. Se contará con una Fuerza Conjunta de Reacción Rápida, establecida sobre la base de un “pool” de fuerzas.

7. A los Jefes de Estado Mayor les corresponderá el Mando Orgánico de su Ejército, sin ejercer el Mando Operativo.

8. Se establecerá una estructura funcional para los Ejércitos.

9. El recurso humano constituye el elemento fundamental de la Defensa. En consecuencia, se llevarán a cabo las acciones necesarias para conseguir un personal suficiente, altamente motivado y preparado.

10. Se potenciará la máxima integración logística de la Defensa.

11. Se avanzará hacia la máxima interoperabilidad con los aliados y socios europeos.

12. Las Fuerzas Terrestres deberán tener la mayor capacidad de proyección y despliegue,

movilidad táctica y capacidad resolutive.

13. Las Fuerzas Navales, manteniendo su capacidad de control de los espacios marítimos de soberanía e interés nacional, deben estar orientadas hacia las operaciones en teatros litorales lejanos, con especial énfasis en proyección del poder naval sobre tierra.

14. Las Fuerzas Aéreas han de tener capacidad de combate en todo tiempo, mayor capacidad de transporte y mayor alcance y precisión”⁵².

Ya en enero de 2002, se incorporó a la Fuerza Internacional de Asistencia y Seguridad para Afganistán (ISAF), un contingente de tropas españolas y con ello, ya se elevaron a 3000 los españoles desplegados fuera de nuestras fronteras.

En abril de 2003, una vez acabada la guerra de Irak, una Unidad Conjunta de Apoyo Humanitario se trasladó a la ciudad portuaria de Um Qasr para colaborar en labores de reconstrucción del país. Y poco después, España envió otros 1300 efectivos para integrarse en la brigada hispanoamericana desplegada en Nayaf y Diwaniyah con la misión de estabilizar la región y prestar apoyo humanitario.

El Gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero, en una decisión, a nuestro juicio imprudente, ordenó, nada más llegar a la presidencia del Gobierno el repliegue de las tropas españolas. En compensación y suponemos que desde la mala conciencia de abandonar a un aliado en mitad de la pelea, se acordó intensificar la ayuda a la reconstrucción de Afganistán: se constituyó un Equipo de Reconstrucción Provincial en Qala i Naw y una base logística junto con su hospital de campaña en Herat, al sur.

Actualmente, las Fuerzas Armadas se encuentran en misión en Afganistán, Líbano y Somalia.

Todas estos despliegues en zona de operaciones, que constituyeron la primera vez en doscientos años que el ejército recuperó su proyección internacional de manera permanente tuvieron, han tenido y tienen (en la actualidad, hay presencia española en Afganistán, Líbano, Somalia) muy benéficas consecuencias en los cuadros de mando y en la tropa: revitalizó las estructuras castrenses, modernizó u obligó a modernizar los ejércitos desde el punto de vista humano y material, motivó a los soldados, hizo que los oficiales volvieran de nuevo su vista al

⁵² MINISTERIO DE DEFENSA, Revisión Estratégica de la Defensa. I. Planteamiento General. II. Criterios Básicos, *Revista Española de Defensa*, Suplemento del N° 180, Madrid, Ministerio de Defensa (Secretaría General Técnica), 2003.

entorno internacional, como antaño hicieron sus predecesores, etc.

4.3 NATURALEZA DE LAS FUERZAS ARMADAS

El conocimiento de la naturaleza de las Fuerzas Armadas nos lleva inevitablemente a aclarar si éstas son institución o administración, extremo éste que ha sido objeto de numerosos debates doctrinales. Quizás, dado que en las Fuerzas Armadas se observan notas propias de una institución y de una administración, la actitud más acertada sea la capaz de acoger postulados de una y otra posición doctrinal.

Como es sabido, la Administración es el aparato organizativo que, bajo la dirección del Gobierno, desarrolla las funciones y realiza las tareas del Estado que no corresponden a otros poderes constitucionales y que está regida por un Derecho peculiar y propio, el Administrativo, cuyo principio inspirador es el principio de legalidad.

Por el contrario, la idea de institución, desde el punto de vista sociológico, hace referencia a la idea de obra o empresa, un poder y una comunión entre los miembros para llevar a cabo tal idea (Hauriou)⁵³ o bien, en palabras de Georges Renard, se diría que la institución aparece cuando la comunión en una idea o fin agrupa a los individuos y da nacimiento a un cuerpo⁵⁴; y desde el punto de vista jurídico, es un haz de relaciones jerárquicamente estructuradas en función de una meta que las trasciende.

Pues bien, en general, la doctrina jurídica actual es partidaria de caracterizar a las Fuerzas Armadas como administración y no como institución, si bien éste último término no deja de emplearse constantemente en el lenguaje corriente e incluso por los mismos autores que afirman el carácter administrativo de las Fuerzas Armadas.

⁵³ HAURIOU, M., La théorie de l'institution et de la fondation, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, N° 4, Paris, 1925, p. 2-45

⁵⁴ RENARD, G., *La Théorie de l'institution*, Paris, Sirey, 1930, pag. 95

En España, defienden la concepción administrativa autores como José Jiménez Villarejo (“la situación de los militares no se diferencia demasiado de la del resto de los funcionarios de la Administración Pública...”⁵⁵), Fernando López Ramón (“no parece posible, en efecto, reducir el significado de la Administración militar a las estructuras ministeriales de la Administración del Estado, es decir, en la actualidad, al Ministerio de Defensa”⁵⁶, lo que, “sensu contrario”, quiere decir que la Administración militar se extiende hasta las unidades militares) o Gustavo Suárez Pertierra (afirma “la progresiva administrativización de las Fuerzas Armadas”⁵⁷ y niega que se cumplan en las Fuerzas Armadas los caracteres fundamentales de la idea de institución: autonomía de organización, de disposición de medios y de decisión sobre los fines).

En efecto, parecería que la posición administrativista es la acogida en el artículo 97 de la Constitución española de 1978, a juzgar por su tenor literal: “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado...”. Por tanto, se diría que las Fuerzas Armadas son administración y que la administración militar es parte de la administración del Estado y se compone de la Fuerza, propiamente dicha (término militar que denomina al conjunto de las unidades militares que tienen como misión la más directa ejecución de las operaciones) y de toda una estructura funcional que sirve a los propósitos de la Fuerza: el Apoyo a la Fuerza (término militar que designa, como hemos apuntado a todas las unidades que brindan apoyo logístico, sanitario, etc a las unidades operativas). Además, estas Fuerzas Armadas, en cuanto administración del Estado, estarían (y están) igualmente sometidas a los principios de legalidad (dice el artículo 103. 1 de la Constitución que “La Administración Pública sirve...con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”) y al principio de dependencia del poder civil (art. 97.1 de la Constitución, antes citado). El Tribunal Constitucional, a mayor abundamiento en este argumento, en su sentencia 15/1982, de 23 de abril, se refiere explícitamente a la “Administración militar” y no a la institución militar.

En la Ley 6/1980 de 1 de julio por la que se regulaban los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, es patente la desaparición del poder militar autónomo (una de las notas de una institución) y queda suficientemente garantizada la subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil. Dice el art. 8 de dicha ley: “El Presidente del Gobierno dirige y coordina la

⁵⁵ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 77, Madrid, Ministerio de Defensa (Secretaría General Técnica), 2001, pag. 448

⁵⁶ LÓPEZ RAMÓN, F., Principios de Ordenación Constitucional de las Fuerzas Armadas, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo III. La Corona. Las Cortes. Del Gobierno y la Administración Pública*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 2568.

⁵⁷ SUÁREZ PERTIERRA, G., Regulación jurídico constitucional de las Fuerzas Armadas, en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, Volumen IV*, Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988, pág. 2375.

acción del mismo en materia de defensa. Corresponde, asimismo, al Presidente del Gobierno ejercer la dirección de la guerra, asistido por la Junta de Defensa Nacional.”

Posteriormente, la Ley 1/1984, de 5 de enero, 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, como explicaremos en un epígrafe posterior, aclaró y confirmó esta subordinación, lo que podríamos decir que acentuó aún más en este carácter administrativo.

La ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, por fin, declara en su artículo 5 que “Corresponde al Gobierno 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”. Y en su artículo 6 dice: “Corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa y la determinación de sus objetivos, la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa y la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza”.

Por otra parte, son numerosas las normas administrativas que se han extrapolado al ámbito militar: normas referidas a jornada de trabajo, horarios, vacaciones, permisos, licencias; normas que hasta ahora podíamos encontrar en el Estatuto Básico del Empleado Público y ahora se han extendido a la función pública militar con el fin de homologar ambos “status quo”. Lo que da cuenta de que para el legislador ordinario y orgánico, no deben existir diferencias normativas entre la administración civil y las Fuerzas Armadas, sobre todo en materia de régimen de personal.

En el otro extremo, se encuentran autores como Federico Trillo Figueroa (dice que éstas son una “unidad institucional”), Nevado Moreno (la posición institucional se puede apoyar en “la propia referencia constitucional de las Fuerzas Armadas al ubicarlas en el Título Preliminar, artículo 8, por lo que sería indudablemente una institución consagrada en el Texto Fundamental, auténtica categoría del Derecho”) o Jorge de Esteban (en efecto, no se puede ignorar, de acuerdo con el tenor literal del artículo 8.1 de la Constitución, dice Jorge de Esteban, “la significación institucional” de que gozan las Fuerzas Armadas en nuestro ordenamiento constitucional, algo que se pone de manifiesto, por ejemplo, en el hecho de que figuren en el Título Preliminar, en plano de igualdad, junto a otras instituciones como los partidos políticos).

Ambas posiciones son solventes y sólidas. Pero como magistralmente explica Herrero de Miñón, “la propia Administración del Estado es una institución, o mejor, una institución de

instituciones”⁵⁸. No vemos, por tanto, inconveniente en considerar a las Fuerzas Armadas como una administración de procedencia institucional o con connotaciones institucionales, pues aun siendo parte de la Administración del Estado, es evidente que está constituida por un grupo social con un estilo de vida propio, un código de valores particular, una organización propia, un ordenamiento jurídico, unas funciones distintas y un régimen jurídico y una cadena de mando jerarquizada propios. Adelantamos aquí una noción de administración de cariz institucional que será completada y precisada en sede de conclusiones.

4.4 COMPOSICIÓN

Las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el artículo 8 de la Constitución, están compuestas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. Por otra parte, dice el artículo 10 de la Ley 5/2005 de 17 de noviembre que: “Las Fuerzas Armadas son el elemento esencial de la defensa y constituyen una entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes: el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire”.

Los miembros de las Fuerzas Armadas se integran o adscriben a distintos cuerpos, de acuerdo con los cometidos que deben llevar a cabo. Estos cuerpos pueden ser específicos de cada Ejército o comunes de las Fuerzas Armadas. Por ejemplo, infantería, artillería, ingenieros y caballería son parte de lo que se denomina el Cuerpo General de las Armas. Por el contrario, el Cuerpo Jurídico Militar es un cuerpo común, al igual que el de Sanidad Militar o Intervención, por mencionar algunos.

De otro lado, las Fuerzas Armadas se organizan, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 5/2005 en dos estructuras: una orgánica, para la preparación de la fuerza (batallones, regimientos, brigadas, divisiones, etc) y otra operativa, para su empleo en las misiones que se le asignen (por ejemplo, en el curso de una operación internacional de mantenimiento de la paz).

La estructura orgánica posibilita la generación de la estructura operativa. Se establece mediante criterios funcionales y de forma homogénea. Mientras, la estructura operativa, pensada para llevar a cabo acciones conjuntas y combinadas, se organiza con arreglo al principio de unidad de mando y a los criterios necesarios para conseguir la máxima capacidad operativa.

La composición de las Fuerzas Armadas no ofrece muchas discusiones doctrinales. Más

⁵⁸ HERRERO DE MIÑÓN, M., *El valor de la Constitución*, Barcelona, Crítica, 2003, pág.155

interés ofrece discernir quiénes no forman parte de las Fuerzas Armadas. A ello dedicamos las siguientes líneas.

En primer lugar, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no forman parte de las Fuerzas Armadas pues “su naturaleza, su reconocimiento constitucional y sus funciones son muy diferentes”⁵⁹:

- En efecto, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad son civiles y no militares.
- Además, el reconocimiento del que gozan ambas instituciones por parte de la Constitución es muy distinto, pues el artículo 8.1 habla únicamente de las Fuerzas Armadas, mientras el artículo 104 trata de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- Por último sus misiones son distintas: las Fuerzas Armadas tienen como cometido la defensa exterior, pues como reza el artículo 8, garantizan la soberanía e independencia de la patria; mientras las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado lo hacen en el interior, pues protegen el libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y garantizan la seguridad ciudadana.

No obstante, las Fuerzas Armadas, pueden, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, realizar otras misiones:

A. Contribuir militarmente a la seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las que forma parte así como al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria.

B. Preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en colaboración con otras administraciones públicas.

C. Las Fuerzas Armadas pueden, asimismo, llevar a cabo misiones de evacuación de los residentes españoles en el extranjero, cuando circunstancias de inestabilidad en un país pongan en grave riesgo su vida o sus intereses.

También las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pueden contribuir a la Defensa Nacional, bajo la dependencia de la autoridad militar en caso de declaración de estado de sitio, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio y de

⁵⁹ DE ESTEBAN, J., GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *Tratado de Derecho Constitucional III*, Colección Textos, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1994, pág. 358

acuerdo con el artículo 27 de la Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, según el cuál, el Cuerpo Nacional de Policía, en caso de conflicto bélico, será coordinado por el Consejo de Defensa Nacional, aun dependiendo del Ministro del Interior.

Por su parte, la Guardia Civil, que “tradicionalmente ha venido formando parte del Ejército de Tierra”⁶⁰, desde 1980 y hasta hoy, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, “es un instituto armado de naturaleza militar, dependiente, del Ministerio de Interior en el cumplimiento de misiones que le atribuye la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 2/1986 de 13 de marzo y del Ministerio de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden...En tiempo de conflicto bélico y durante la vigencia del Estado de sitio las actuaciones de la Guardia Civil serán coordinadas por el Consejo de Defensa Nacional, dependientes en tales supuestos directamente del Ministerio de Defensa en los términos que determine el Presidente del Gobierno”. Por tanto, sigue siendo un instituto armado de naturaleza militar, aunque en el anterior Gobierno se haya creado una dirección conjunta de la Policía Nacional y de la Guardia Civil y se haya modificado el régimen disciplinario de la Guardia Civil en la dirección de sustituir sanciones privativas de libertad por sanciones privativas de sueldo.

4.5 ESTRUCTURA

Desde los años sesenta, los militares españoles comenzaron a entablar contactos con sus homónimos de otros países. Se carecía, casi por completo de experiencia en estas operaciones conjuntas y de ahí, entre otras cosas, que en 1964 se creara el CESEDEN⁶¹, con el objeto de unificar doctrina, al tiempo que se le encomendaba la misión de implicar a la sociedad civil en la Defensa Nacional. Hoy día, “al CESEDEN corresponde impartir cursos de altos estudios de la defensa nacional, así como desarrollar tareas de investigación y de fomento y difusión de la cultura de defensa”⁶².

Pues bien, en 1968, el Teniente General Díez Alegría, al ser nombrado director del CESEDEN, declaró que era urgente la preparación de una ley de Bases de la Defensa Nacional, con el objetivo de normalizar la coordinación de las actuaciones de los tres ejércitos.

Bien, pues se elaboraron hasta cuatro borradores de tal ley hasta que finalmente saliese adelante la Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio por la que se regulan los Criterios Básicos de la

⁶⁰ CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1986, pag. 26

⁶¹ Por medio del Decreto 70/1964

⁶² Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar, artículo 52

Defensa Nacional y la Organización militar. En el entretanto, se sucedieron sucesos como la oposición de los ministros militares a verse privados del mando operativo de los ejércitos, la aprobación de la Ley Orgánica de la Armada en 1970, impulsada por el Almirante Nieto Antúnez, la radicalización y posterior declive del llamado “bunker”, el asesinato del Almirante Carrero Blanco o la propia muerte de Franco.

En julio de ese 1976, un jovencísimo Adolfo Suárez sería nombrado Presidente del Gobierno. Poco después, éste sustituyó al Teniente General Fernando de Santiago por el Teniente General Gutiérrez Mellado.

Éste se decantó por unificar internamente los tres ministerios militares institucionalizando la figura de los Jefes de Estado Mayor como máximos dirigentes de cada ejército (se inspiraba, pues, en el modelo de la Marina).

A continuación instauró la Junta de Jefes de Estado Mayor y la situó bajo la presidencia del jefe del Alto Estado Mayor, que permaneció hasta que la Constitución obligó a derogar la Ley Orgánica del Estado 1/1967.

Una vez separadas competencias operativas y administrativas, se unificaron los órganos burocráticos, las antiguas subsecretarías.

Tras las primeras elecciones democráticas, el presidente Suárez reestructuró la Administración del Estado y creó el Ministerio de Defensa⁶³, que nació como órgano que tenía como misión:

- La ordenación y la coordinación de la política general en materia de Defensa Nacional
- La ejecución de la política militar correspondiente.

Por otra parte al Ministro de Defensa se le responsabilizó de:

- Capacitar a las Fuerzas Armadas para cumplir su misión.
- Ejercer la dirección de la política de defensa por delegación del Presidente del Gobierno.

En tercer lugar se creó la Subsecretaría de Defensa, de la que dependerían tres secretarías generales: una para Tierra, otra para Aire y otra para la Armada.

⁶³ RD 1558/77 de 4 de julio por el que se reestructuran determinados órganos de la administración central del estado.

También se unificaron todos los servicios de inteligencia militar bajo el Centro Superior de información de la Defensa, que dependería directamente del Ministro de Defensa.

En 1979 Suárez separó a Gutiérrez Mellado del Ministerio aunque le mantuvo al frente de la vicepresidencia y nombró ministro de Defensa a Agustín Rodríguez Sahagún, primer civil al frente de Defensa.

Agustín Rodríguez Sahagún llevó a cabo la tarea de elaborar una ley que definiera tanto las bases de la defensa nacional como las de la organización militar, tal como ordenaba la Constitución. Para ello se basó en los trabajos elaborados por el Centro Superior de Estudios de la Defensa y el Alto Estado Mayor, por un lado y por otro en los cambios estructurales introducidos por Gutiérrez Mellado en la organización militar, que respetó.

El proyecto de ley fue aprobado casi por unanimidad. Nació así 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.

De acuerdo con el artículo segundo de la ley, “La defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales, materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin”.

Su artículo séptimo determinaba la sumisión del Ejército al poder civil: “El Gobierno, asistido por la Junta de Defensa Nacional, en la forma prevista en el artículo 9.º de esta ley, determina la política de defensa y asegura su ejecución. Corresponde al Gobierno dirigir la Administración Militar”.

Pero el paso definitivo hacia el sometimiento de los militares al Gobierno lo dio el Gobierno socialista de Felipe González y en concreto, el Ministro de Defensa Narcís Serra por medio de la Ley 1/1984 de 5 de enero 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 aumentaron las competencias del presidente del Gobierno y del ministro de Defensa.
- Se creó la figura del Jefe del Estado Mayor de la Defensa, presidente, a su vez, de la Junta de Jefes de Estado Mayor.
- Los miembros de la JUJEM se pusieron bajo la autoridad y directa dependencia del

ministro, al que quedaron subordinados orgánica y funcionalmente.

Además Narcís Serra estructuró el Ministerio en tres grandes bloques y suprimió la presencia de militares en los altos cargos:

- El primer bloque, netamente militar estaba encabezado por el JEMAD, responsable de la operatividad y la acción conjunta.
- El segundo se responsabilizó de las políticas de gestión y control de los recursos económicos, infraestructura, armamento y material y dependería de la Secretaría de Estado de Defensa.
- El tercero se encargaría de la enseñanza, personal y otras tareas administrativas, dependiendo de la Subsecretaría de Defensa.

A lo largo del tiempo este proceso no se detuvo y los diferentes Gobiernos han continuado unificando el mando y la estructura de los ejércitos, así como profesionalizando sus recursos humanos y modernizando su material y armamento.

En 1987 se potenciaron las competencias operativas del Jefe de Estado Mayor de la Defensa y se le responsabilizó del planeamiento y ejecución de las misiones de las Fuerzas Armadas.

En 1996, Eduardo Serra, creó el Mando Operativo Conjunto, lo que continuaba la tendencia a convertir al Jefe del Estado Mayor de la Defensa en General en jefe de los ejércitos, funcionalmente hablando.

En septiembre de 2002, Federico Trillo Figueroa, nuevo Ministro de Defensa, homogeneizó y racionalizó la estructura de los tres ejércitos y puso fin al desfasado despliegue territorial existente desde la reforma hecha por Espartero, a principios del siglo XIX.

La nueva estructura pretendía: reducir efectivos, economizar medios y potenciar la acción conjunta. En aras de este objetivo, cada ejército se organizó en:

- Cuartel General
- Fuerza
- Apoyo a la Fuerza

Esta organización de cada uno de los ejércitos también se contendría posteriormente en el artículo 13 de la Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Carrera Militar.

Se atribuyó además a determinados mandos la representación institucional de las Fuerzas Armadas en la Comunidad Autónoma, recuperándose el nombre de Capitanías Generales.

A continuación, nos disponemos a resumir el Real decreto 912/2002 por el que se desarrolla la estructura básica de los Ejércitos:

En primer lugar, como el propio decreto reza, se trata de implantar una estructura conjunta, no redundante y guiada por el principio de economía de medios.

Respecto a su estructura, dice que los ejércitos, bajo el mando de sus respectivos jefes de estado mayor, se organizan en Cuartel General, Fuerza y Apoyo a la Fuerza.

El Cuartel General está constituido por los medios humanos y materiales necesarios para que el Jefe del Estado Mayor pueda ejercer el mando sobre su Ejército.

La Fuerza se constituye por los medios humanos y materiales que se organizan y agrupan para llevar a cabo operaciones militares.

Los Jefes de Estado Mayor, dice el real decreto, deben mantener una organización y un despliegue de fuerzas que garantice que éstas se pueden asignar total o parcialmente al Jefe del Estado Mayor de la Defensa.

La Fuerza principal del Ejército de Tierra se constituye de:

- Fuerza de Maniobra
- Fuerza Terrestre
- Fuerza Logística Operativa

El Apoyo a la Fuerza es el conjunto de órganos responsables de la dirección, gestión, administración y control de los recursos materiales, financieros y humanos.

Se prevén, asimismo, Mandos o Jefaturas del Apoyo a la Fuerza.

En el ámbito de los recursos humanos serán los responsables de la dirección, gestión, administración y control en materia de personal y en materia de sanidad y enseñanza.

En el ámbito del apoyo logístico y de los recursos materiales, serán los principales responsables de la dirección, gestión, administración y control de material y del apoyo logístico y atenderán a la adquisición, abastecimiento, mantenimiento, transporte, infraestructura, sistemas de información y telecomunicaciones, los sistemas de armas y las construcciones, así como del apoyo en bases y acuartelamientos.

Se prevén dos Mandos en el ámbito del apoyo logístico y de los recursos materiales:

- El Mando de Apoyo Logístico
- El Inspector General del Ejército de Tierra.

Finalmente en Canarias y Baleares se mantienen las estructuras de mando preexistentes:

- El Mando de Canarias y las Comandancias Generales de Baleares, Ceuta y Melilla del Ejército de Tierra.
- El Mando Naval de Canarias de la Armada
- El Mando Aéreo de Canarias del Ejército del Aire.

Se habilita al Gobierno a crear mandos conjuntos en los archipiélagos balear y canario.

Los Comandantes Generales de Ceuta y Melilla tendrán la consideración de mandos conjuntos y de ellos dependerán operativamente los mandos y unidades de los tres Ejércitos con base en dichas ciudades.

La dependencia operativa de ambas Comandancias será del Jefe del Estado Mayor de la Defensa.

Posteriormente y aún bajo el Gobierno del Partido Popular se procedió a una revisión de la Defensa y fruto de ello fue la Revisión Estratégica de la Defensa, un documento que pretendía plasmar las directrices que debían seguir las Fuerzas Armadas del Siglo XXI:

- “Encuadradas en el Ministerio de Defensa, las Fuerzas Armadas, elemento esencial

de la Defensa, constituyen una entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción de cada uno de sus componentes: el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. El Ministro de Defensa dirige su actuación, bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, en el marco de la política de Defensa y con el control del Parlamento.

- El esfuerzo de Defensa debe estar orientado hacia la Fuerza, razón de ser de toda organización.
- Todas las unidades deberán estar preparadas para las acciones más exigentes del combate independientemente de que puedan desempeñar otro tipo de misiones.
- Las Fuerzas Armadas deberán estar configuradas para responder eficazmente a las nuevas misiones que se le encomienden en el marco conjunto y combinado.
- Al JEMAD, Comandante Operativo de las Fuerzas Armadas, le corresponderá la conducción estratégica de las operaciones y ejercerá el mando sobre los componentes de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas. Se creará un Mando de Operaciones que, directamente subordinado al JEMAD ejercerá por delegación de éste, la conducción operacional.
- Se contará con una Fuerza Conjunta de Reacción Rápida, establecida sobre la base de un pool de fuerzas.
- A los Jefes de Estado Mayor les corresponderá el Mando Orgánico de su Ejército, sin ejercer el Mando Operativo.
- Se establecerá una estructura funcional para los Ejércitos.
- El recurso humano constituye el elemento fundamental de la Defensa. En consecuencia, se llevarán a cabo las acciones necesarias para conseguir un personal suficiente, altamente motivado y preparado.
- Se potenciará la máxima integración logística de la Defensa.
- Se avanzará hacia la máxima interoperabilidad con los aliados y socios europeos.
- Las Fuerzas Terrestres deberán tener la mayor capacidad de proyección y despliegue, movilidad táctica y capacidad resolutive.
- Las Fuerzas Navales, manteniendo su capacidad de control de los espacios marítimos de soberanía e interés nacional, deben estar orientadas hacia las operaciones en teatros litorales lejanos, con especial énfasis en proyección del poder naval sobre tierra.
- Las Fuerzas Aéreas han de tener capacidad de combate en todo tiempo, mayor capacidad de transporte y mayor alcance y precisión”⁶⁴.

⁶⁴ MINISTERIO DE DEFENSA, Revisión Estratégica de la Defensa. I. Planteamiento General. II. Criterios Básicos, *Revista Española de Defensa*, Suplemento del N° 180, Madrid, Ministerio de Defensa (Secretaría General Técnica) 2003.

En 2004, el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero llevó a cabo una nueva reforma recogiendo la aportación del anterior documento y concibiendo a las Fuerzas Armadas dentro de esa dualidad que podemos apreciar en él:

- Se creó el Mando de Operaciones, subordinado al Jefe de Estado Mayor de la Defensa, que tendría como misión, a partir de ese momento, la conducción de las operaciones en tiempo de paz, crisis, guerra, conflicto armado, así como el control de los servicios de inteligencia militar.
- Desde el punto de vista orgánico, cada ejército siguió dependiendo del respectivo Jefe de Estado Mayor, responsable de garantizar la asignación de fuerzas al citado Mando Operativo.

4.6 MISIONES CONSTITUCIONALES DE LAS FUERZAS ARMADAS

En este extremo, el de saber qué misiones tienen encomendadas las Fuerzas Armadas, debemos seguir el tenor del texto constitucional y el de la reciente Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional.

En suma cabría hablar de seis misiones, tres de ellas declaradas por la Constitución (art.8.1) y tres declaradas por la Ley 5/2005 de 17 de noviembre en su artículo 15. Son:

- Garantizar la soberanía e independencia de la patria
- Defender la integridad territorial
- Defender el ordenamiento constitucional
- Participar en operaciones de mantenimiento de la paz, estabilidad y de ayuda humanitaria
- Intervenir en caso de riesgo, catástrofe o calamidad pública
- Misiones de evacuación de españoles en el extranjero

El artículo 8.1 de la Constitución declara, en primer lugar, que las Fuerzas Armadas deben garantizar la soberanía e independencia de la patria, defender la integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

El primer precedente de este texto lo encontramos en la Constitución de 1812, que encomendaba a la Fuerza Militar Permanente “la defensa exterior del Estado y la defensa del orden

interior”(art. 356).

Posteriormente, encontramos precedentes en leyes como la Ley Constitutiva del Ejército, de 9 de junio de 1821, que hablaba de “defender el Estado de los enemigos exteriores” y “asegurar la libertad política, el orden público y la ejecución de las leyes”.

También la Ley constitutiva de 29 de noviembre de 1878, que señalaba como misión del Ejército “sostener la independencia de la Patria y defenderla de enemigos exteriores e interiores”.

Asimismo, la Ley adicional de 19 de julio de 1889, consignaba como misión del Ejército “mantener la independencia e integridad de la Patria y el imperio de la Constitución y de las leyes”.

Por último, la Ley Orgánica del Estado del anterior régimen franquista, en su artículo 37, presenta una redacción muy semejante a la de la actual Constitución: “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”.

PRIMERA MISIÓN: GARANTIZAR LA SOBERANÍA E INDEPENDENCIA DE LA PATRIA

Es la misión clásica de “defender con las armas a la comunidad frente a las agresiones externas”⁶⁵, en palabras del profesor Casado Burbano. Dicho de otro modo se trata de una misión vinculada “a la residencia de la soberanía en el pueblo español y a la independencia o autonomía de decisión del pueblo español en el orden internacional”⁶⁶.

No obstante, la fuerza siempre será la última ratio y por tanto, las Fuerzas Armadas se deben emplear como disuasión y de acuerdo con un principio defensivo. De hecho, el Preámbulo de la Constitución de 1978 dice que es misión de la Nación española “colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra”.

Ello no impide, empero, que España se incorpore a organizaciones internacionales como la

⁶⁵ CASADO BURBANO, P., Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº36, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria. Sección de Derecho Militar. CSIC, 1978, pág. 15

⁶⁶ DE JUAN GONZÁLEZ DE CASTEJÓN, I., La Defensa Nacional: desarrollo del artículo 8 de la Constitución, en *La Constitución y la práctica del Derecho, T. II.*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pág. 580

Unión Europea, la Unión Europea Occidental o la Organización del Tratado del Atlántico Norte. Organizaciones estas dos últimas, que como hemos dicho anteriormente, tras la caída del Pacto de Varsovia han redefinido su misión y han encontrado por tanto, un nuevo rol en el mundo: han pasado de ser una organización militar pensada para proteger a sus miembros de ataques procedentes de los países del este y de la Unión Soviética a ser organizaciones que velan por la protección de los derechos humanos de los pueblos y de sus ciudadanos allí donde sean vulnerados: Kosovo, Afganistán, etc

SEGUNDA MISIÓN: DEFENDER LA INTEGRIDAD CONSTITUCIONAL

Ésta misión tiene a su vez, dos dimensiones:

- Una dimensión externa, es decir, impedir cualquier amago de violar nuestra integridad territorial desde fuera de nuestras fronteras
- Una dimensión interna, pues trata de impedir secesiones por parte de sujetos políticos internos (como ocurriría en el caso de una eventual declaración de independencia por parte de una región española). Esta dimensión se fundamenta en la declaración que hace el artículo 2 de la Constitución, según el cuál, ésta “se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española”.

Como información podemos mencionar, que en los debates parlamentarios que se sucedieron en el seno de las comisiones encargadas de redactar la futura Constitución de 1978, el senador D. Manuel Fraga Iribarne, de Alianza Popular, propuso integrar en el texto constitucional la idea de “la defensa de la unidad”. Sin embargo, la mayoría de los ponentes constitucionales entendieron que tal idea quedaba ya incluida en la defensa del orden constitucional “por cuanto en la unidad indisoluble de la Nación española se fundamenta la propia Constitución, según su artículo 2”⁶⁷.

TERCERA MISIÓN: DEFENDER EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Ésta misión, citando a Oehling, es una misión habitual en las constituciones de “aquéllos países en cuya historia política ha sido frecuente la incursión del estamento armado, o en que se

⁶⁷ SUÁREZ PERTIERRA, G. , Regulación Jurídico Constitucional de las Fuerzas Armadas, en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, Volumen IV*, Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988, pág. 2386

manifiesta el ánimo temeroso de tal posibilidad”⁶⁸. Siguiendo a López Ramón, esta misión está relacionada con la “defensa interior del Estado” y consistiría en la defensa del “conjunto formado por el sistema institucional y el normativo”⁶⁹. Esta misión, en opinión del profesor Jorge de Esteban, está sometida a los siguientes parámetros:

- Es una misión que sólo procede en el caso de declaración del Estado de sitio (art. 116. 4), por lo que las Fuerzas Armadas, por sí mismas, no pueden llevarla a cabo.
- Es una función de carácter extraordinario y disuasorio.
- Y además, será bajo las directrices del poder civil como se ejercerá tal cometido pues, de acuerdo con el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio “el Gobierno designará la autoridad militar que deba ejercer las medidas que procedan”.
- Es, por último, una defensa política, material, no jurídica pues para ello ya está el Tribunal Constitucional.⁷⁰

CUARTA MISIÓN: PARTICIPAR EN OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ, LA ESTABILIDAD Y LA AYUDA HUMANITARIA

Dice el artículo 15.2 de la Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional que “Las Fuerzas Armadas contribuyen militarmente a la seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las que forma parte así como al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria”.

Se trata de misiones como aquéllas en las que, modestamente, hemos tenido la oportunidad de participar, como la llevada a cabo en Kosovo en 2007 (KSPGT XVIII), en Líbano, en 2008 (L-H VII) u otras en las que no hemos participado como la aún vigente en Afganistán, en las que se trata de mantener la libertad de movimientos y el ambiente seguro y estable, en las que la Fuerza dispone de unas R.O.E. o reglas de enfrentamiento y están amparadas por una resolución de Naciones Unidas o de la OTAN y de las que, desgraciadamente, la opinión pública no tiene el más mínimo conocimiento, lo que, a menudo impide, como decía Tocqueville al analizar el papel de la prensa en

⁶⁸ OEHLING, H, “*La función política del Ejército*”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. 70

⁶⁹ LÓPEZ RAMÓN F., Principios de Ordenación Constitucional de las Fuerzas Armadas, en *Estudio sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo III. La Corona. Las Cortes. Del Gobierno y de la Administración Pública*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 2586

⁷⁰ DE ESTEBAN, J., GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *Tratado de Derecho Constitucional III*, Colección Textos, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1994 (1ª reimpresión 2000), pág. 360

la democracia estadounidense, “actuar libremente en la realidad”⁷¹.

QUINTA MISIÓN: PRESERVAR LA SEGURIDAD Y EL BIENESTAR DE LOS CIUDADANOS EN LOS SUPUESTOS DE GRAVE RIESGO, CATÁSTROFE, CALAMIDAD U OTRAS NECESIDADES PÚBLICAS

Ésta es otra de las misiones que recientemente se han incorporado a las leyes y que las Fuerzas Armadas deben llevar a cabo junto con las Instituciones del Estado y las demás Administraciones Públicas. Baste decir que esta misión ha sido desempeñada por las Fuerzas Armadas, por ejemplo, con ocasión de la crisis de los controladores, en 2011, incendios forestales de grandes proporciones, atentados terroristas como los del 11 de marzo de 2004, que motivó que el Ejército patrullase a lo largo de las vías del ferrocarril, etc

SEXTA MISIÓN: LLEVAR A CABO LA EVACUACIÓN DE RESIDENTES ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO

Esta es una misión que deben llevar adelante las Fuerzas Armadas en el caso de que ocurran circunstancias de inestabilidad en un país de tal modo que pongan en grave riesgo su vida o sus intereses. Ejemplos de ésta última misión podemos rastrearlos en la evacuación de españoles de Líbano en el año 2005, la de españoles afincados en países africanos recientemente desestabilizados como el Congo, etc

A su vez, como recuerda el artículo 16 de la Ley 5/2005 de 17 de noviembre, el cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas y el desarrollo de su contribución complementaria o subsidiaria de interés público requieren realizar diferentes tipos de operaciones, tanto en territorio nacional como en el exterior, 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.

En particular, las operaciones pueden consistir en:

a) La vigilancia de los espacios marítimos, como contribución a la acción del Estado en la mar, la vigilancia del espacio aéreo y el control del espacio aéreo de soberanía nacional y aquellas

⁷¹ TOCQUEVILLE, A., “*La democracia en América*”, Madrid, Alianza Editorial, 2005, pág.265

otras actividades destinadas a garantizar la soberanía e independencia de España, así como a proteger la vida de su población y sus intereses.

b) La colaboración en operaciones de mantenimiento de la paz y estabilización internacional en aquellas zonas donde se vean afectadas, reconstrucción de la seguridad y la administración, así como la rehabilitación de un país, región o zona determinada, conforme a los tratados y compromisos establecidos.

c) El apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo y a las instituciones y organismos responsables de los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo, en las tareas de búsqueda y salvamento.

d) La respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y su interés. A estos efectos, el Gobierno designará la Autoridad nacional responsable y las Fuerzas Armadas establecerán los procedimientos operativos pertinentes.

e) La colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente.

f) La participación con otros organismos nacionales e internacionales para preservar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos españoles en el extranjero, de conformidad con los criterios de coordinación y de asignación de responsabilidades que se establezcan.

Respecto a estas operaciones, o mejor dicho respecto a la redacción que la Ley 5/2005 de 17 de noviembre, hace en su artículo 16 cabría observar lo siguiente:

En primer lugar, no deja de llamarnos la atención que un partido, como el socialista, que tanto se opuso al concepto de guerra preventiva cuando se encontraba en la oposición, una vez en el Gobierno consagra en la propia ley tal concepto cuando dice el artículo 16: "...acciones de prevención de conflictos..."

En segundo lugar, la letra d) del artículo 16 se introdujo, como se puede suponer, tras la situación creada por los ataques del 11 de septiembre de 2001.

En tercer lugar y más allá de la lectura literal, no cabe duda de que se ha abierto en canal el concepto tradicional de las Fuerzas Armadas con esta nueva legislación pues implica añadir a tal Institución personal, valores, medios, objetivos y propósitos que antaño pertenecían más a Protección Civil, en unos casos, a la Policía, en otros, y en suma, nos colocan ante unos ejércitos polivalentes en sus misiones, modulares en sus despliegues y por supuesto mucho más activos e intervencionistas, siempre en el marco de la Constitución y de los Tratados Internacionales.

4.7 PRINCIPIOS QUE RIGEN SU ACTUACIÓN

Decía Clausewitz, que “El principio es objetivo cuando es el resultado de verdades objetivas y, por tanto, adquiere igual valor para todos los hombres”⁷². Indudablemente, no podemos afirmar categóricamente la objetividad de los principios que vamos a relacionar a continuación pero sí su común aceptación entre la doctrina jurídica, el derecho positivo e incluso entre los legos en derecho. Se trata de reglas que casi todo el mundo entiende que deben presidir la actuación de los militares. Y de entre ellos, algunos, hunden sus raíces en la noche de los tiempos.

La Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, en su Preámbulo, declara que “la organización de las Fuerzas Armadas integradas en el Ministerio de Defensa responde a los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia”. No son, sin embargo, los únicos principios que rigen la actuación de los Ejércitos.

En primer lugar, el mero hecho de que el artículo 1 de la Ley 5/2005, dedicado a describir el objeto de ésta, se remita a los principios constitucionales ya permite deducir que en la organización de las Fuerzas Armadas existen muchos más principios que los mencionados.

Por otra parte, a lo largo del articulado de la Ley 5/2005 de 17 de noviembre es posible observar cómo la ley hace constar, expresamente otros principios, como el artículo 14, que a propósito de la jurisdicción militar consagra el principio de unidad jurisdiccional como el principio que debe regir su actuación.

⁷² VON CLAUSEWITZ, C., *De la guerra*, Madrid, La esfera de los libros, 2005, pág.77

Y también en otras normas como la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la Carrera Militar o en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas cabe observar, expresamente, otros principios. Así, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre ordena la aplicación a la legislación militar de los principios administrativos en los que se inspira el Estatuto Básico del Empleado Público.

El artículo 6 declara que el principio de igualdad del que trata la Ley 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres se aplicará a las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, el artículo 43 de la misma ley dice que la enseñanza militar “está integrada en el sistema educativo general y en consecuencia se inspira en los principios de dicho sistema”.

Asimismo, el artículo 56.1, garantiza los principios de igualdad, mérito y capacidad en el ingreso en los centros docentes militares a través de los sistemas de oposición, concurso o concurso oposición.

El artículo 64, afirma que, en el ámbito de la enseñanza militar, los planes de estudios, en sus respectivos ámbitos, fomentarán los “principios y valores constitucionales”.

Y el artículo 71 menciona como una de las causas que, eventualmente, conducirían a la pérdida de la condición de alumno de un centro de enseñanza militar “la carencia de cualidades en relación con los principios constitucionales”.

Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por RD 96/2009 de 6 de febrero, por su parte, también contienen principios, como los principios constitucionales, a los que se refiere el artículo 4, los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental.

El artículo 15 subraya la primacía de los principios éticos, “de los que deberá hacer su norma de vida”.

También el artículo 122 menciona los principios de legalidad y salvaguarda en la gestión de los recursos como principios que deben regir la conducta del militar respecto a dichos recursos públicos.

El artículo 65, en materia de administración de los recursos, exige el respeto a “los principios de economía y eficiencia en su utilización y eficacia en el cumplimiento de los objetivos”.

Y el artículo 120 afirma que el militar debe actuar de acuerdo con los principios de “eficacia, economía y eficiencia” en el cumplimiento de sus objetivos.

En definitiva, muchos de los principios que ahora enunciarnos fueron enarbolados, de alguna manera, por el propio Rey de España el 22 de noviembre de 1975, tras jurar las Leyes Fundamentales ante el Consejo de Regencia: “Mandar es servir y quiero estar en el mando muy unido a vosotros...Como español, como soldado y como Rey, me siento orgulloso de contar con vuestra adhesión y lealtad...”⁷³.

DE UNIDAD Y JERARQUÍA

La unidad, la jerarquía y la disciplina son quizás los principios que más han caracterizado tradicionalmente a las Fuerzas Armadas. Las anteriores Reales Ordenanzas, aprobadas por Ley 85/1978 de 28 de diciembre, incluso llevaban en su articulado un precepto que definía a las Fuerzas Armadas como una “institución jerarquizada, disciplinada y unida”, precepto que actualmente ya no existe pero que parece que subyace al espíritu de las actuales Reales Ordenanzas pues su artículo 7, a la hora de definir las características del comportamiento del militar dice: “Ajustará su comportamiento a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción”.

En primer lugar, respecto a la unidad, cabe decir que es un principio que tiene una doble acepción: la unidad de mando y la cohesión en el seno de las Fuerzas Armadas. Pero, en general, se trata de garantizar la unión, la camaradería que se verían menoscabadas de permitirse discusiones, querellas y luchas propias de la discusión política o ideológica, en sentido amplio.

⁷³ BORBÓN Y BORBÓN, J.C., en el libro de Miguel Platón, *Hablan los militares*, Barcelona, Planeta, 2001, pág.366

Respecto a la primera acepción del concepto de unidad, pues, cabe decir que el mando de las Fuerzas Armadas es un mando supremo, “único y centralizado”⁷⁴. De hecho, el artículo 11.3 de la Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional dice textualmente: “La estructura operativa para el desarrollo de la acción conjunta y combinada se organizará con arreglo al principio de unidad de mando y los criterios necesarios para la consecución de la máxima capacidad operativa”.

Aunque no es en este apartado donde es más propio hablar de ello, no huelga recordar cuál es la posición que ocupa el Rey en esta cadena de mando. Dice el artículo 62 h de la Constitución que el Rey ejerce el “mando supremo de las Fuerzas Armadas”, algo que se puso de manifiesto palmariamente, por cierto, el día 23 de febrero de 1981, con motivo de su intervención, algo que ha generado numerosos ríos de tinta, doctrinalmente hablando. Pues bien, dice asimismo, el artículo 3 de la Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional que “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”. Y el artículo 2 de la Ley 39/ 2007 de 19 de noviembre de la Carrera Militar le confiere el empleo de Capitán General del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, máximo rango militar.

Volviendo al objeto de estudio en este epígrafe, la regla decimotercera del artículo 4.1 de la mencionada Ley 39/2007, en alusión a esa segunda acepción del principio de unidad dice que el militar “se comportará en todo momento con lealtad y compañerismo, como expresión de la voluntad de asumir voluntariamente con los demás miembros de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de sus misiones, contribuyendo de esta forma a la unidad de las mismas”. Enunciado que casi de forma literal reproducirán posteriormente las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas en su artículo 10: “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, contribuyendo de esta forma a la unidad de las mismas”.

Hablemos ahora de la jerarquía como principio. La regla octava del artículo 4.1 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre, así como el artículo 9 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas que reproducen literalmente, de nuevo, tal redacción, dicen que “el militar 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”. Añadiendo las Reales Ordenanzas que “Los que ocupan

⁷⁴ DE ESTEBAN, J., GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *Tratado de Derecho Constitucional III*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Colección Textos, 1994, pág. 361

los diversos niveles de la jerarquía están investidos de autoridad en razón de su cargo, destino o servicio y asumirán plenamente la consiguiente responsabilidad...”

DE DISCIPLINA

Es quizás el principio más conocido y el fundamental en la vida castrense, a nuestro juicio. Como brillantemente expresó el Teniente General Gutiérrez Mellado en la toma de posesión de la Capitanía General de la Séptima Región Militar, en mayo de 1976, “el ejército, por muy sagradas que sean sus misiones, está no para mandar sino para servir”⁷⁵. Esta afirmación, si bien perfectamente aplicable al sentido del principio de supremacía civil y por tanto, expresiva de cuál debe ser la actitud de las Fuerzas Armadas en su conjunto respecto del poder político, contiene además, una referencia muy clara al talante disciplinado que debe adornar a todo militar.

Cuando se impone el principio de disciplina, por consiguiente, se está tratando de garantizar la capacidad de operar de los ejércitos y por tanto, este principio proscribía métodos deliberativos propios de la vida civil: la crítica a las decisiones tomadas por un superior, la elección democrática de mandos, las deliberaciones en asamblea o parlamento, etc.

Éste principio de disciplina y esta proscripción de todo método deliberativo se refleja, en opinión de López Ramón, en la “posibilidad de limitar o exceptuar el ejercicio” del derecho de sindicación (art. 28.1 CE), en la necesidad de que el derecho de petición se ejerza “sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica” (art. 29.2 CE), en la posibilidad de imponer sanciones privativas de libertad (art. 25.3 CE) y en la de que haya Tribunales de Honor (art. 26 CE).

Dice la regla séptima del artículo 4.1 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la Carrera Militar y el artículo 8 de las Reales Ordenanzas que “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”.

⁷⁵ GUTIÉRREZ MELLADO, M., *El ejército en la transición*. Conferencia pronunciada durante los cursos de la Universidad Complutense, El Escorial, 1993, pág.7

El propio artículo 1 de las Reales Ordenanzas, al definir su objeto dice que éstas, las Reales Ordenanzas “Deben servir de guía a todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a España, y en el honor, disciplina y valor”.

El mencionado artículo 7 de las Reales Ordenanzas, como hemos visto, incluye a la disciplina como una de las características de las Fuerzas Armadas: “Ajustará su comportamiento a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción”.

El artículo 9, por su parte, menciona la disciplina como uno de los aspectos de los que debe cuidar quien ejerce la autoridad: “La autoridad implica el derecho y el deber de tomar decisiones, dar órdenes y hacerlas cumplir, fortalecer la moral, motivar a los subordinados, mantener la disciplina y administrar los medios asignados”.

Y el artículo 17 la menciona entre las virtudes fundamentales del militar: “Tendrá presente que la disciplina, valor, prontitud en la obediencia y exactitud en el servicio son virtudes a las que nunca ha de faltar”.

Además las Reales Ordenanzas dedican un Título entero, el Título II a la disciplina como valor y el artículo 44 se refiere a ella en los siguientes términos: “La disciplina, en cuanto conjunto de reglas para mantener el orden y la subordinación entre los miembros de las Fuerzas Armadas, es virtud fundamental del militar que obliga a todos por igual.

El artículo 51 exige al mando que en beneficio de la disciplina no corrija ni llame la atención a nadie ante otros de inferior empleo.

El artículo 52 trata de los signos externos de la disciplina, es decir, el aspecto exterior, el saludo marcial, cortesía, etc

El artículo 55 exige a los que ejerzan el mando que inculquen una disciplina basada en el convencimiento.

Otras referencias a la disciplina la encontramos en artículos como el 78 que requiere de quien ejerza el mando el mantener y potenciar la disciplina, la moral, motivación, etc; el 92 que

menciona la disciplina como uno de las actitudes que el mando debe exigir en el combate; y finalmente en el 109 que trata acerca de la actitud a adoptar en caso de ser hecho prisionero.

Pero las referencias a la disciplina no se agotan en la Ley 39/2007, en la Ley 5/2005, en las Reales Ordenanzas o en cualquier otra norma material del Derecho Militar. La protección de la disciplina es un valor tan fundamental que, como recuerda la exposición de motivos de la Ley 8/1988 de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, históricamente ha dado lugar al establecimiento de normas que procurasen la adhesión a la misma y en caso de violación la inmediata reparación a través del ejercicio de las potestades disciplinarias por parte de los mandos y de un sistema de sanciones. En la actualidad, como decimos, nuestro régimen disciplinario está contenido en tal Ley 8/1988, claramente separado del tratamiento penal que merecen otras conductas de mayor gravedad recogido en el Código Penal Militar de 1985.

PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Este principio consiste en que las Fuerzas Armadas reciben su legitimidad “como todas las instituciones del Estado, del poder soberano del pueblo”⁷⁶. Ello, a pesar de ser un ejército profesional y no de reemplazo, con el consiguiente alejamiento de esta institución respecto al pueblo (recordemos que el ejército de reemplazo fue una conquista de los movimientos revolucionarios, pues suponía la participación del pueblo en él). No implica, sin embargo o no debe implicar que los Ejércitos sean democráticos en su funcionamiento interno, pues el método de trabajo de éstos se basa en la unidad, la jerarquía y la disciplina.

No se trata pues, de decir que las decisiones tomadas en cada momento por los diferentes mandos militares sean decisiones asamblearias, sometidas al escrutinio de sus subordinados sino que la legitimidad de las Fuerzas Armadas es una legitimidad democrática pues nace de la voluntad del pueblo español, expresada a través de su voto favorable a la Constitución y de la voluntad de sus representantes. Narcís Serra, habló, en este sentido de normalización de las relaciones entre civiles y militares; “una cierta aproximación de los valores asumidos por la ciudadanía y por los profesionales militares, aunque nunca serán idénticos ni posiblemente sería deseable”⁷⁷.

En efecto, la regla primera del artículo 4.1 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la Carrera Militar (y el artículo 3 de las Reales Ordenanzas) dice que “La disposición permanente para

⁷⁶ DE ESTEBAN, J., GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *Tratado de Derecho Constitucional III*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Colección Textos, 1994, pág. 361

⁷⁷ SERRA SERRA, N., *La transición militar*, Barcelona, Debate, 2008, pág. 254

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”.

Por su parte, la regla séptima del mencionado artículo 4.1 declara también que el acatamiento a la Constitución es la expresión colectiva de la disciplina (en el mismo sentido el artículo 8 de las Reales Ordenanzas).

“Sensu contrario”, la Ley 39/2007, en la regla undécima de dicho artículo también se refiere a la Constitución como norma que debe presidir la conducta del militar como expresión de la voluntad popular cuando se refiere a los actos contrarios a la misma: “Si las ordenes 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”(también el artículo 48 de las Reales Ordenanzas).

Además no olvidemos que la relevancia que el principio democrático tiene o debe tener en la conducta del militar es tal que en el juramento a la bandera que todo militar debe prestar previamente a su nombramiento se incluye una referencia a su obligación de guardar y hacer guardar la Constitución: “¿Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente vuestras obligaciones militares, guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado...?” (artículo 7.2 de la Ley 39/2007). Idéntica obligación se contiene en el artículo 4 de las Reales Ordenanzas.

En parecido sentido, queremos recordar cómo en los planes de enseñanza militar se insiste en que se debe “Asegurar el conocimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas definidas en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional” (artículo 64 de la Ley 39/2007) lo que da una idea del énfasis que pone el legislador en la necesidad de inculcar en el militar el principio democrático.

También el artículo 12 de las Reales Ordenanzas, por otra parte, expresa la obligación del militar de respetar y hacer “respetar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución...”.

A nuestro juicio, se puede decir que este principio se materializa, en buena medida en el respeto que en el seno de los Ejércitos de debe rendir a la dignidad humana, como límite impuesto por la propia Constitución en su artículo 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y la paz social”.

DE SUPREMACÍA CIVIL

También llamado de subordinación al poder civil, fue “una de las grandes preocupaciones del movimiento constitucional desde su mismo arranque en la Inglaterra del siglo XVII”⁷⁸ e implica que “los militares deben acatamiento y lealtad al poder emanado de la voluntad popular”⁷⁹. Esto, a su vez, proscribía que exista en el seno de las Fuerzas Armadas ninguna voluntad política como tal o al menos ninguna voluntad política distinta de aquella que ejerce el Gobierno o que existan corrientes o “sensibilidades” políticas en el seno de las mismas que pudieran generar esa voluntad política distinta.

En efecto, tal generación de una voluntad política propia ha sucedido numerosas veces a lo largo de la historia y demasiadas si se trata de la española. Tal voluntad política de los Ejércitos se ha manifestado de formas muy diferentes, no obstante y no sólo a través del clásico pronunciamiento, pues como señala Samuel E. Finer⁸⁰, existen cuatro niveles de intervencionismo militar (la influencia, el chantaje, el desplazamiento y la suplantación). En nuestra reciente democracia, entendemos que las Fuerzas Armadas sólo alcanzaron los dos primeros: la influencia, entre 1976 y 1981 y el chantaje en 1981, cuando se produjo el intento de golpe de Estado protagonizado por el Teniente Coronel Tejero.

Pues bien, según el artículo 97 de la Constitución, el Gobierno dirige la administración militar. Y en muchos otros de los preceptos citados anteriormente se deja ver claramente la subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil: acatamiento de la Constitución, el cumplimiento de sus preceptos y leyes, etc.

Baste recordar la regla primera del artículo 4.1 de la Ley 39/2007: “La disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye

⁷⁸ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., Principios Constitucionales, Derechos fundamentales y libertades públicas del militar, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Monográfico, Madrid, CGPJ, 1992, pág. 3

⁷⁹ CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1986, pág. 123

⁸⁰ FINER, S.E. y STANLEY, J. *The man on horseback: the Role of the Military in Politics*, Paperback, New Brunswick, New Jersey, USA, 2002, pag. 4

su primer y mas fundamental deber, que ha de tener su diaria expresión en el mas exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta ley” (también el artículo 3 de las Reales Ordenanzas).

También y en el mismo sentido la regla séptima del artículo 4.1 dice, como hemos visto que “la disciplina tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución” (artículo 8 de las Reales Ordenanzas).

Por citar algunos artículos que aún no han sido objeto de estudio, el artículo 30 de las Reales Ordenanzas exige “el respeto y la cortesía militar en sus relaciones con las autoridades del Gobierno de la Nación, de las Comunidades Autónomas y de los poderes legislativo y judicial, así como con las demás autoridades de las Administraciones públicas”.

Por su parte, el artículo 46 de estas Reales Ordenanzas expresan esta misma supremacía civil cuando reza que “el militar cumplirá igualmente las instrucciones y órdenes de autoridades y superiores civiles de los que dependa jerárquicamente en las organizaciones nacionales e internacionales en las que preste servicio”.

Por su parte, la Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, en sus artículos 4, 5, 6, 7 y 8 especifica las funciones que corresponden en el ámbito de la Defensa Nacional a las diferentes instituciones del Estado, tales como las Cortes, el Gobierno, el Presidente del Gobierno, el Ministro de Defensa y el Consejo de Defensa Nacional. De estas competencias trataremos, por razones sistemáticas en el epígrafe correspondiente.

DE NEUTRALIDAD POLÍTICA

Ya la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, en el artículo 12 del Título IV, declaraba que “La fuerza pública es esencialmente obediente; ningún cuerpo armado puede deliberar.”⁸¹ De acuerdo con este principio, pues, siguiendo al profesor Casado Burbano, “debe evitarse que los militares ejerzan cualquier tipo de presión a favor o en contra de un grupo o partido político o que los superiores influyan sobre las opiniones de los subordinados”⁸² pues ello menoscabaría la igualdad de oportunidades que merece todo partido en un Estado plural.

⁸¹ PRIETO, F., *La Revolución francesa*, Madrid, Editorial Istmo, 1989, pag. 118

⁸² CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1986, pág. 124

Pues bien, señala el artículo 5 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, entre los principios que deben presidir la actuación de un militar el de “neutralidad”, aunque a nuestro juicio, no está enumerando principios en ese artículo sino que se está refiriendo a reglas de comportamiento del militar.

Por otra parte, según el artículo 182 de las anteriores Reales Ordenanzas, aprobadas por Ley 85/1978 de 28 de diciembre y que sigue en vigor en virtud de la Disposición derogatoria única de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la Carrera militar: “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 refieren al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos políticos o sindicales, dentro de recintos militares.

Los militares no profesionales, durante el tiempo de prestación de su servicio en las Fuerzas Armadas, podrán mantener la afiliación que con anterioridad tuvieran, pero se abstendrán de realizar actividades políticas o sindicales”.

Por otra parte, la Ley Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas sanciona como faltas leves en los números 29, 31 y 32 del artículo 7 conductas contrarias a este deber de neutralidad. Veremos ahora, algunos de esos apartados.

En primer lugar, en su artículo 7.29 sanciona como falta leve: “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”. En este caso se sanciona una conducta que está a medio camino entre la infracción de ese deber de neutralidad y la falta de respeto o el ultraje a símbolos patrios o de otras naciones o cuerpos de naturaleza militar.

En el artículo 7.31 sanciona como falta leve “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 los Tribunales de Justicia”.

Y en el artículo 7. 32 sanciona la conducta consistente en “Prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida”.

Además, estas conductas son sancionadas en el artículo 8 en su modalidad de faltas agravadas. En concreto los números 32 y 34 prevén tal agravamiento:

“Emitir o tolerar manifiesta y públicamente expresiones contrarias, 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”.

Y el número 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”.

DE LEGALIDAD

Recuerda Aragón Reyes que este principio es la “confluencia de dos postulados: de un lado, el rechazo a un sistema de Gobierno basado en las decisiones subjetivas y arbitrarias del Príncipe y sus agentes y su sustitución por un régimen de dominación objetiva, igualitaria y previsible, basado en normas generales (“government of laws, not of men”) y de otro, el principio democrático que sitúa la sede de la soberanía en el pueblo...”.⁸³

Este principio es absolutamente inseparable del principio democrático. Uno es el envés del otro. Del mismo modo que decimos que no puede haber Estado de Derecho sin un Estado democrá-

⁸³ ARAGÓN REYES, M., *Constitución. Estado Constitucional. Partidos y elecciones y fuentes. Temas básicos de derecho constitucional. Tomo I*. Pamplona, Civitas. Editorial Aranzadi, 2011, pág 391

tico y viceversa, del mismo modo ocurre en el caso de los dos principios referidos en el seno de las Fuerzas Armadas.

Dice el artículo 8.2 de la Constitución que “una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución”.

Y el artículo 117.5 declara que “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”.

Esto supone la total aplicación del ordenamiento jurídico y de la lógica del Estado de Derecho a los Ejércitos. Es, en definitiva, normalizarlo jurídicamente, de acuerdo con el principio de supremacía civil.

Tales principios constitucionales de los que habla el artículo 8.2 de la Constitución son, en palabras de López Ramón:

Primero. Los principios y valores aplicables con carácter general, reconocidos en el Título Preliminar y I de la Constitución, como la democracia, la justicia, la libertad, la igualdad, etc

Segundo. Los principios propios de la Administración, reconocidos en los artículos 103 al 106: jerarquía, servicio público, publicidad, economía, generalidad, suficiencia de medios, transparencia.

Tercero. Los principios propios de las Fuerzas Armadas, como la subordinación y obediencia al Gobierno, el mando supremo del Ejército por parte del Jefe del Estado, el apartidismo de las Fuerzas Armadas, etc⁸⁴.

En concreto, la actividad de las Fuerzas Armadas está estrechamente regida por el principio de legalidad. Nada se deja a discreción del mando militar. Al contrario, los Tratados Internacionales, la Constitución, las Leyes, las Reales Ordenanzas, la Doctrina, así como las Órdenes ministeriales, Normas particulares, Instrucciones, Reglas de Enfrentamiento acotan estrictamente las facultades del militar.

⁸⁴ LÓPEZ RAMÓN, F., “Principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas” en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Tomo III. La Corona. Las Cortes Generales. Del Gobierno y de la Administración Pública*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 2588

Así dice la regla primera del artículo 4.1 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la Carrera militar que la disposición permanente para defender a España 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”(este mismo precepto se recoge en el artículo 3 de las Reales Ordenanzas).

En la misma línea el artículo 4 de las Reales Ordenanzas subraya la obligación del militar de guardar y hacer guardar la Constitución: “El militar guardará y hará guardar la Constitución como norma fundamental del Estado y cumplirá las obligaciones derivadas de las misiones de las Fuerzas Armadas, de su condición militar y de su sujeción a las leyes penales y disciplinarias militares”.

Pero no sólo debe respetar el militar la legalidad nacional sino también la internacional: la regla quinta del artículo 4.1 de la Ley 39/2007 afirma que el militar debe ajustar su conducta al respeto a las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable a los conflictos armados.

La regla undécima del mismo artículo 4.1 aclara qué ocurriría si el militar se ve ante la tesitura de obedecer órdenes ilegales: “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”.

Y dice el artículo 31 de las Reales Ordenanzas que “Cuando se integre temporalmente en ejércitos y órganos de defensa de otros países o en organizaciones internacionales, le será de aplicación lo dispuesto en estas Reales Ordenanzas, sin perjuicio de las peculiaridades previstas en los tratados, convenios y demás acuerdos internacionales suscritos por España. Observará en su trato con los miembros de los ejércitos de otras naciones las mismas reglas de comportamiento que rigen en las Fuerzas Armadas españolas”.

Por otra parte, el artículo 85 introduce expresamente el principio de humanidad, íntimamente relacionado con el respeto a la legalidad internacional pues de su cumplimiento depende que tal principio de humanidad tenga alguna virtualidad práctica: “Su conducta en el transcurso de cualquier conflicto u operación militar deberá ajustarse a las normas que resulten aplicables de los tratados internacionales en los que España fuera parte, relativos al Derecho Internacional Humanitario”.

Por su parte, el artículo 106 de las Reales Ordenanzas insiste en el cumplimiento de la legalidad internacional, esta vez referido al trato de prisioneros, heridos, enfermos o náufragos: “El militar conocerá y difundirá, así como aplicará en el transcurso de cualquier conflicto armado u operación militar, los convenios internacionales ratificados por España relativos al alivio de la suerte de heridos, enfermos o náufragos de las fuerzas armadas, al trato a los prisioneros y a la protección de las personas civiles, así como los relativos a la protección de bienes culturales y a la prohibición o restricciones al empleo de ciertas armas”.

Vemos, pues, que el principio de legalidad, entendido como aquél que obliga a que todo acto, decisión o norma se adopte con el previo respaldo de una ley está vigente plenamente en el Derecho Militar.

DE PROPORCIONALIDAD

En efecto, el militar en “el empleo del uso 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 que participe”, según dice la regla sexta del artículo 4.1 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la Carrera Militar.

Y el artículo 84 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas insiste en la misma idea casi con la misma redacción y literalidad.

También, indirectamente, el artículo 18 de las Reales Ordenanzas exige proporcionalidad al exigir justicia pues, como es sabido, la justicia se compone, entre otros aspectos, de proporcionalidad: “Propiciará con su actuación que la justicia impere en las Fuerzas Armadas, de tal modo que nadie tenga que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad”.

Pues bien, estas reglas a las que se refiere la Ley y las Reales Ordenanzas son aquellas que la Organización Internacional de que se trate en cada caso (ONU, OTAN, UEO), ha aprobado en sus órganos y a través de sus propios procedimientos de decisión: por ejemplo, la misión actualmente en curso en Afganistán se lleva a cabo al amparo de una resolución de Naciones Unidas; la misión en curso en Líbano se lleva a cabo también al amparo de otra resolución del Consejo de Seguridad, etc

Estas resoluciones establecieron en su momento reglas de enfrentamiento de aplicación para cada misión, única y exclusivamente y que deben presidir la forma de proceder de los ejércitos aliados que participan en tal misión.

Un ejemplo de regla de enfrentamiento es la que afirmaba en la misión Libre Hidalgo VII en la que tuvimos la ocasión de participar que la fuerza a emplear por el combatiente ha de ser “adecuada, proporcionada y necesaria”.

DE DEFENSA

Este principio tiene dos vertientes: la exterior y la interior.

Hacia el exterior, implica que nuestras Fuerzas Armadas, como las de todos los países miembros de Naciones Unidas, no podrán ser empleadas para perpetrar una agresión armada.

No en vano, la resolución 2625 de la Asamblea General de Naciones Unidas, califica la agresión armada de “crimen contra la paz”. Y la resolución 3314 de 14 de diciembre de 1974, por su parte, dice en su artículo 3 que “constituye la forma más grave y peligrosa del uso legítimo de la fuerza” y en su artículo 5 que ningún tipo de consideración “podrá servir de justificación de una agresión”; es un “crimen contra la paz internacional”, origina responsabilidad internacional y acarrea que la adquisición “resultante de una agresión” no sea reconocida.

Hacia el interior este principio impide que las Fuerzas Armadas sean empleadas en mantener el orden público interno. El único supuesto en que se podrían utilizar las Fuerzas Armadas en la defensa interior del Estado es el de una situación en que peligrase el ordenamiento, es decir, el “conjunto formado por el sistema institucional y normativo”⁸⁵, pues el “mantenimiento ordinario del orden público corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”⁸⁶, de acuerdo con el artículo 104.1 de la Constitución española.

DE HUMANIDAD

⁸⁵ LÓPEZ RAMÓN, F., “Principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas” en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Tomo III. La Corona. Las Cortes Generales. Del Gobierno y de la Administración Pública*, Madrid, Civitas, 1991, pag. 2586

⁸⁶ LÓPEZ RAMÓN, F., “Principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas” en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Tomo III. La Corona. Las Cortes Generales. Del Gobierno y de la Administración Pública*, Madrid, Civitas, 1991, pag. 2586

Es un principio que, aunque ya implícitamente comprendido en el de legalidad, proporcionalidad e incluso en el principio democrático, el legislador ha tenido especial interés en incluir en el articulado de las nuevas Reales Ordenanzas.

Dice el artículo 85: “Su conducta en el transcurso de cualquier conflicto u operación militar deberá ajustarse a las normas que resulten aplicables de los tratados internacionales en los que España fuera parte, relativos al Derecho Internacional Humanitario”.

DE DISTINCIÓN

También éste es un principio introducido por vez primera en las Reales Ordenanzas y en la legislación militar, en general, aunque evidentemente ya estaba implícitamente incluido en toda la legislación nacional e internacional.

Dice el artículo 111 de las Reales Ordenanzas: “En el transcurso de cualquier operación tendrá en cuenta el principio de distinción entre personas civiles y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares para proteger a la población civil y evitar en lo posible las pérdidas ocasionales de vidas, sufrimientos físicos y daños materiales que pudieran afectarle”.

Se trata de un artículo que trata de impedir los horrores que en los últimos años hemos visto cometer a algunos ejércitos con motivo de algunos errores militares, ya sea en la guerra de los Balcanes, en la de Irak, en Somalia o en el conflicto árabe israelí.

DE PROFESIONALIDAD

Según la regla decimocuarta del artículo 4.1 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la Carrera Militar y el artículo 26 de las Reales Ordenanzas, el militar se debe preparar “para alcanzar el mas alto nivel de competencia profesional, especialmente en los ámbitos operativos, técnico y de gestión de recursos y para desarrollar la capacidad de adaptarse a diferentes misiones y escenarios”.

Esta profesionalidad subyace en el transcurso de lo exigido por el artículo 3 de las Reales Ordenanzas que habla de “disposición permanente”(también en la regla primera del artículo 4 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre), de lo exigido por el artículo 5, que exige al militar “dedicación al servicio”, de lo exigido por el artículo 16 que se refiere al “cumplimiento del deber”, por el artículo 17, que habla de “la exactitud en el servicio”, el artículo 19 que menciona el “espíritu de sacrificio” y la “íntima satisfacción del deber cumplido”, el artículo 20 que requiere en el militar “diligencia y puntualidad”, etc

La misma profesionalidad exige la regla tercera del artículo 4.1 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre: “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”.

Y la regla cuarta del mismo artículo 4.1:“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”.

En un sentido similar, la regla decimocuarta de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre dice que el militar 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” (también, el artículo 26 de las Reales Ordenanzas).

DE EFICACIA

Ya la Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional la menciona en su preámbulo como uno de los principios de las Fuerzas Armadas.

Su artículo 10.2 dice que la organización de las Fuerzas Armadas debe asegurar su eficacia en las operaciones militares.

Y a lo largo de su articulado se la vuelve a mencionar junto al criterio de economía de medios o a propósito de las funciones del Jefe del Estado Mayor de la Defensa, incluyéndola entre los objetivos que éste debe perseguir en el ámbito operativo.

También las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas exigen al militar en su artículo 5 la eficacia.

El artículo 7, por su parte hace depender de que las Fuerzas Armadas se comporte con disciplina, unidad y jerarquía el hecho de que se consiga la eficacia.

El artículo 22 exige al militar que se esfuerce en que con su aportación personal, su unidad de la que debe sentirse orgulloso, alcance los mayores niveles de preparación, eficacia, etc

El artículo 25 de nuevo afirma que “el militar debe mantener una sólida formación moral intelectual, humanística y técnica, un elevado conocimiento de su profesión y una adecuada preparación física, que le capaciten para contribuir a la eficacia de las Fuerzas Armadas”.

Otros artículos donde se menciona la eficacia como valor que se debe cuidar son el artículo 58, el 59, el 65, el 67 o el 68.

Destacamos el artículo 120 que afirma que en el cumplimiento de los objetivos el militar de actuar” de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y vigilará la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la unidad de la que forme parte”.

4.8 EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS

Aun siendo conscientes del carácter jurídico de este trabajo, es inevitable hacer consideraciones políticas en materia de política de defensa y la modernización de las Fuerzas Armadas se inscribe en la política de defensa. En este sentido, debemos decir que tal proceso, si bien se inicia tímidamente en los últimos años del franquismo, es durante los años de Gobierno socialista cuando se acelera de forma galopante, desde el punto de vista material, personal, doctrinal y legal; y fundamentalmente, durante el ministerio de Julián García Vargas. Es especialmente interesante reproducir cuáles eran los objetivos que el primer Gobierno socialista se proponía y que el Ministro Narcís Serra expuso en su comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados el 24 de febrero de 1983:

“En primer lugar, poner en marcha un plan general de modernización de las Fuerzas Armadas que combine las repercusiones industriales con la potenciación de una defensa independiente y moderna, hasta los límites que permita el potencial económico de España.

En segundo lugar, aumentar el grado de autoabastecimiento de las Fuerzas Armadas mediante el desarrollo planificado de nuestra industria.

En tercer lugar, la transformación de la organización territorial.

En cuarto, potenciar la plena profesionalización en las Fuerzas Armadas.

En quinto, adoptar un criterio de fijación periódica de plantillas, acorde con las necesidades del modelo defensivo adoptado y al que, paralelamente, irá una determinación de retribuciones.

En sexto lugar, llevar adelante una política de reestructuración de Cuerpos y Escalas acorde con la eficacia operativa y con la promoción progresiva de carrera de todos los militares.

En séptimo lugar, reforzar los diversos aspectos de la enseñanza militar, tanto básica como superior. En esta dirección, potenciar también al CESEDEN como instrumento de encuentro y comunicación entre la sociedad civil y las Fuerzas Armadas.

En octavo lugar, decíamos, la adopción de un sistema de provisión de destinos basado en la movilidad y la clasificación de los mismos en virtud de sus exigencias personales.

En noveno lugar, la reestructuración del sistema de prestaciones sociales.

Y en décimo lugar, la elaboración de un estatuto especial para los funcionarios civiles que prestan sus servicios en la Administración militar⁸⁷.

Y el propio Narcís Serra enmarca todos estos objetivos en uno mayor, de carácter político. Dice el Ministro Serra: “la oferta que el Partido Socialista hizo a los españoles con ocasión de las elecciones del día 28 de octubre en materia de política de defensa fue la de conseguir la plena integración entre el pueblo español y sus Fuerzas Armadas”⁸⁸.

Pues bien, retornando al principio de nuestra exposición, las Fuerzas Armadas, a lo largo de este recorrido de casi cincuenta años han cesado de ser una institución de defensa territorial en su

⁸⁷ SERRA SERRA, N., *Comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados*, Acta taquigráfica nº 13 II Legislatura, Madrid, Imprenta Rivadeneyra, 24 de febrero de 1983, pág.4

⁸⁸ SERRA SERRA, N., *Comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados*, Acta taquigráfica nº 13 II Legislatura, Madrid, Imprenta Rivadeneyra, 24 de febrero de 1983, pág.3

naturaleza, desfasada en sus medios y deficiente en la profesionalidad de sus efectivos para comenzar a ser una institución homologable a la mayoría de ejércitos europeos. Lo primero ha de ubicarse temporalmente en el régimen anterior. Lo segundo, sólo hemos podido constatarlo recientemente.

El ejército franquista, como ya hemos indicado en un epígrafe anterior, había quedado al margen de los avances sociales, económicos y presupuestarios que se produjeron en la sociedad española a lo largo de los años sesenta y setenta. Salvo excepciones, su operatividad era deprimente: plantillas orgánicas permanentemente incompletas, sistemas de armas y material antediluvianos, munición y combustible escasos. además, no se realizaban maniobras como regla general y toda la instrucción que recibía la tropa era la impartida en el patio de armas del acuartelamiento. En definitiva, en palabras del profesor Cardona, “la capacidad técnica del Ejército se aproximó al colapso”⁸⁹. Cuenta, asimismo, Miguel Platón, cómo en los primeros años del régimen franquista (en concreto, en torno al año 1947 y entre los años 1956 y 1958), “las cantidades asignadas no tenían en cuenta la alta inflación. De modo que la supervivencia de las unidades hizo necesario buscar ingresos adicionales: Fondos “P” que se nutrían de los rebajes de rancho, permisos y pases de pernocta. Tales fondos se destinaban a la mejora de la alimentación y otros gastos”⁹⁰.

Esta exclusión de los Ejércitos del desarrollo económico, en aras del progreso del resto de la sociedad, fue un “riesgo calculado”⁹¹ por los últimos gobiernos de Franco. Riesgo calculado e incluso incrementado a medida que pasaban los años. Olmeda Gómez, en un estudio financiero y presupuestario de las Fuerzas Armadas durante el franquismo constatan cómo en la segunda etapa de la dictadura el gasto militar disminuye progresivamente: “primera etapa de 1940 a 1953, en la que el porcentaje del gasto militar presupuestado superó el 4% del PIB; una segunda de 1954 a 1978 en la que no se alcanza esa proporción”⁹². Vemos pues, cómo Franco decidió deliberadamente marginar al Ejército de la bonanza económica experimentada por España durante esos años en beneficio del resto de la sociedad.

Pues bien, entrando en personalidades determinadas, el General Díez Alegría, director del CESEDEN, fue nombrado jefe del Alto Estado Mayor en 1970. Bajo su mandato, se comenzaron a adoptar medidas que pretendían paliar esa situación. Por ejemplo, se trató de reducir el número de unidades existentes, algo que no era rentable, desde el punto de vista económico y que no era operativo, desde el punto de vista orgánico. Pero el proyecto nunca superó el estadio de análisis y el Ga-

⁸⁹ CARDONA G., *El problema militar en España*, Madrid, Historia 16, 1990, pág.148

⁹⁰ PLATÓN, M., *Hablan los militares*, Barcelona, Planeta, 2001, pág.144

⁹¹ PUELL DE LA VILLA, F., *Historia del Ejército*, Madrid, Alianza, 2000, pág. 210

⁹² OLMEDA GÓMEZ, J.A., *Las Fuerzas Armadas en el Estado franquista*, Madrid, El arquero, 1988, pág. 202 y 203

binete de Evaluación de la Situación Estratégica del Alto Estado Mayor sólo se comprometió a evaluar individualmente cada una de esas unidades para saber cuáles se debían conservar y cuáles se debían eliminar.

Por el contrario, la Ley 32/1971 de 21 de julio, sobre dotaciones presupuestarias de la defensa, dotó a los ejércitos con una aportación extraordinaria de 300000 millones de pesetas, que debía distribuirse en ocho ejercicios y como complemento de la asignación presupuestaria. Esta dotación permitió planificar inversiones en sistemas de armas, material y edificaciones a largo plazo. No obstante, la inflación generada por la crisis del petróleo frustró, en gran medida, las expectativas generadas.

Pues bien, el primer gran plan modernizador del que cabe hablar es el llamado Plan General de Modernización del Ejército de Tierra (META), en 1983, diseñado por el Teniente General Miguel Íñiguez. Este plan sentó las bases que hicieron posible, dos lustros después, la monumental transformación del Ejército, en el final del Gobierno socialista de Felipe González. Además puso al Ejército de Tierra por delante de la Armada y el Ejército del Aire en modernidad y en dinamismo, pasando a ocupar una posición ejemplar en la reforma de las estructuras castrenses⁹³.

El Plan trataba de lograr la adecuación del contingente y de los recursos materiales del Ejército, así como su organización y funcionamiento y su despliegue territorial a la Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio y a las previsiones y objetivos diseñados en el primer PEC, de 1979.

La situación con la que se enfrentaba el plan META era la siguiente:

- Una estructura decididamente territorial, bajo el mando del Cuartel General del Ejército
- Nueve capitanías generales con competencias jurisdiccionales y ambiguas funciones operativas con mando orgánico sobre las unidades y servicios ubicados en el territorio de su demarcación.
- Organización provincial decimonónica orientada más hacia el interior que hacia el enemigo exterior.
- Un Mando Unificado en Canarias, pero inexistente en la práctica.
- Casi 400000 efectivos⁹⁴, con un índice de profesionalización muy bajo.

⁹³ PUELL DE LA VILLA, F., *Historia del Ejército*, Madrid, Alianza, 2000, pág. 211

⁹⁴ ANUARIO DE ESTADÍSTICA MILITAR 1983 n° 26, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Servicios Técnicos, Servicio de Estadística, Madrid, Centro Geográfico y Cartográfico del Ejército del Aire, 1984, pág. 13-185

Una vez más, reproducimos la declaración efectuada por el Ministro Narcís Serra en la Comisión de Defensa a propósito de este plan y que detalla los subplanes en que se divide el plan META: “... Yo quisiera avanzar el criterio de que para este Ministro, el Plan META no va a ser un plan cerrado, que se termine un día y se aplique a partir de ese día; el Plan META es un plan abierto, algunas de cuya medidas se pueden aplicar desde ahora, y otras habrá que ir esperando. Por tanto, habrá que ir esperando y viendo los resultados de la aplicación de las primeras medidas. Como saben SS. SS., el plan META se divide en un plan orgánico, en un plan de demarcaciones territoriales, uno de recursos humanos y otro de recursos materiales⁹⁵.”

Bien, pues, en definitiva, el plan META pretendió transformar el Ejército en una estructura funcional, vertebrado entorno al Cuartel General, la Fuerza y el Apoyo a la Fuerza:

- El Cuartel General es la expresión de la Función de Mando y sería la herramienta de planificación y ejecución del Ejército. Se estructuró en:
 - a) Estado Mayor del Ejército
 - b) Mando Superior de Personal
 - c) Mando Superior de Apoyo Logístico
 - d) Jefaturas de armas y servicios

- La Fuerza, es decir, las unidades de combate, es la expresión de la Función Operativa. Se estructuró en seis mandos operativos regionales: Centro (que agrupaba a Madrid, Castilla La Mancha, a excepción de Albacete, Extremadura, Segovia y Ávila; Sur (Andalucía); Levante (que contenía a Valencia, Murcia y Albacete); Pirenaica Oriental (Aragón y Cataluña); Pirenaica Occidental (Navarra, La Rioja, Soria, Burgos, País Vasco y Santander); Noroeste (Galicia, Asturias, León, Palencia, Valladolid, Zamora). Y finalmente, dentro de la Fuerza, una Reserva General, dependiente del jefe del Estado Mayor del Ejército.

- El Apoyo a la Fuerza es la expresión de la Función Logística y debía comprender todas aquellas funciones y órganos que promoviesen el cumplimiento de la misión asignada: Administración, enseñanza, reclutamiento, logística.

⁹⁵ SERRA SERRA, N., *Comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados*, Acta taquigráfica nº 13 II Legislatura, Madrid, Imprenta Rivadeneyra, 24 de febrero de 1983, pág. 11

Sus principales logros fueron:

- La reducción de capitanías generales, de nueve a seis.
- La disolución de 116 unidades (entre ellas, nueve brigadas de defensa territorial).
- La rebaja del 50 por ciento en los efectivos.
- La propuesta de modernización de la estructura logística, que pasó de estar organizada ramas autónomas (artillería, ingenieros, etc) a estar organizada en un esquema global de apoyo funcional: abastecimiento, mantenimiento, transportes, etc
- La realización de un inventario detallado de los medios humanos y materiales existentes, algo que hasta entonces no existía y la racionalización de efectivos.

Por el contrario, el Plan también incurrió en algunos errores. Algunos de ellos fueron:

- En primer lugar, dado que no existía un plan complementario de inversión en armamento que compensara la pérdida de efectivos, no se alcanzó el objetivo propuesto: un ejército pequeño y bien dotado de medios.
- En segundo lugar, escasos beneficios prácticos desde el punto de vista operativo y en la organización de la mayoría de las unidades.
- Truncó la carrera de muchos militares.

De nuevo, el propio Narcís Serra, con motivo de su comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados en 1990, ya en la IV Legislatura, hacía balance de este plan: “En la II Legislatura emprendimos y discutimos en el Parlamento leyes y actuaciones que suponen una primera reducción de efectivos en los tres ejércitos, muy importante en el Ejército de Tierra por lo que se refiere al número de soldados: importante en los tres ejércitos por lo que se refiere a los cuadros de mando. El número de soldados en el Ejército de Tierra se redujo en un 27 por ciento; los cuadros de mando en proporciones distintas que, aproximadamente, van del 16 por ciento en el Ejército de Tierra, al ocho o nueve por ciento en los otros ejércitos”⁹⁶.

Tras el plan META, pues, quedó el Ejército de Tierra distribuido en:

- Una división acorazada en Extremadura
- Una mecanizada en Valencia

⁹⁶ SERRA SERRA, N., *Comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados*, Diario de Sesiones Nº 20 IV Legislatura, Madrid, Imprenta Rivadeneyra, 29 de enero de 1990, pág.201

- Una motorizada en Andalucía
- Dos de montaña en el Pirineo
- Y cuatro brigadas: Brigada Paracaidista, Brigada Aéreo-transportable, dos brigadas de caballería.

En la misma comparecencia a la que nos hemos referido anteriormente, el Ministro Serra expresaba el deseo del tercer Gobierno socialista de “adaptar la política de defensa española a las necesidades de hoy y de futuro”⁹⁷ y situaba la política de Defensa como prioridad, junto a la de personal y de armamento. Y más adelante afirmaba: “En relación a este tema, y para concretar a SS. SS. líneas más precisas de trabajo a realizar en esta legislatura, debo decir que el Gobierno se propone actualizar la directiva de Defensa Nacional, revisar el Plan General de la Defensa (ya he dicho antes que no debemos limitarnos a la defensa militar) y terminaremos el ciclo de planeamiento de defensa militar con el Plan Estratégico Conjunto, a aprobar en los meses de junio-julio de este año. Se elaborarán de nuevo o se revisarán, en consonancia con este Plan Estratégico, y en el futuro con las modificaciones que introduzcamos, los Planes de Operaciones, los Planes Logísticos y los Programas de Actuación que se deriven de ello”⁹⁸.

El Plan de Reorganización del Ejército (RETO), auspiciado por el Teniente General Ramón Porgueres Hernández, que reemplazó al Teniente General Miguel Iñiguez era la expresión de esa voluntad del Ejecutivo. En concreto, este nuevo plan pretendió hacer frente a la reducción de efectivos debida a la disminución del tiempo de prestación del servicio militar de doce a nueve meses. Para ello:

- Se acometió una revisión de las plantillas orgánicas (cada unidad militar está configurada sobre una plantilla que especifica cuántos soldados, cabos, cabos primeros, sargentos, tenientes, etc debe haber en ellas)
- Se aligeraron a las mismas de efectivos
- Se modernizó su material y armamento

En otro orden de cosas, la simultánea participación de España en Operaciones de Mantenimiento de la Paz auspiciadas por la ONU hizo necesario constituir una Fuerza de Acción Rápida, inscrita en la Reserva General. Se la constituyó y se le asignaron las siguientes misiones:

⁹⁷ SERRA SERRA, N., *Comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados*, Diario de Sesiones Nº 20 IV Legislatura, Madrid, Imprenta Rivadeneyra, 29 de enero de 1990, pág.204

⁹⁸ SERRA SERRA, N., *Comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados*, Diario de Sesiones Nº 20 IV Legislatura, Madrid, Imprenta Rivadeneyra, 29 de enero de 1990, pág 205

- Disuasión
- Respuesta a contingencias internas
- Participación en operaciones multinacionales

Las FAR se crearon en torno a un Cuartel General de Planeamiento al que se fueron adhiriendo unidades ligeras y de alto grado de disponibilidad y operatividad: La Brigada Paracaidista, las Brigadas ligeras de la Legión, la Aéreo-transportable, un Regimiento de Caballería, unidades de apoyo.

En 1992, como consecuencia de los cambios geoestratégicos acaecidos, entre otros sucesos, por la caída del Muro de Berlín, se hizo necesaria una tercera reestructuración. El General Porgueres, el 18 de marzo de 1993, entregó al Ministro Julián García Vargas un plan, calificado entonces en medios periodísticos de “revolución sin precedentes en la organización y despliegue del Ejército”⁹⁹, que tenía como objetivo transformar un ejército de carácter territorial en uno de carácter funcional. En 1994, siendo el Teniente General José Faura, nuevo jefe del Estado Mayor, el Consejo de Ministros aprobó, finalmente, el documento que materializó tal proyecto de reestructuración: el denominado Plan NORTE (Nueva Organización del Ejército de Tierra)¹⁰⁰. Sus objetivos fueron:

- Crear unidades con elevada capacidad de proyección exterior, desplegadas con carácter funcional (no territorial), flexibles y sistematizadas (objetivo éste que se explica por el deseo del Gobierno de crear un nuevo Ejército capaz de hacer frente a los desafíos surgidos por la creciente participación española en los proyectos de Europa y cumplir con los compromisos adquiridos con la ONU, OTAN y UEO)
- Acabar con la arraigada defensa territorial y la rígida estructura anterior.

No obstante, junto a esos objetivos, lo cierto es que el plan NORTE se hizo necesario para hacer frente a la falta de personal, derivada del acortamiento de la mili y de la caída de la natalidad, y al sostenido recorte de los gastos militares. El Ministerio, por tanto, podríamos decir que hizo de la necesidad, virtud y acometió un plan que, de paso, le permitía adaptarse al nuevo panorama internacional.

⁹⁹ GONZÁLEZ, M., *Diario El País*, Madrid, 5 de marzo de 1993

¹⁰⁰ Orden Ministerial 84/94 de 5 de septiembre de 1994 que establece la entidad, estructura y despliegue de la Fuerza del Ejército de Tierra (Colección legislativa del Ejército nº273)

El plan se llevó a cabo en dos fases: la primera, desarrollada entre 1995 y 1997, adaptó la dimensión de la Fuerza a lo previsto en el Objetivo de Fuerza Conjunto; la segunda, finalizada en 1999, adecuó los órganos de mando y de apoyo logístico al contingente operativo.

El plan diseñó dos grandes núcleos integrados en la Fuerza Terrestre:

- La Fuerza Permanente
- Y la Reserva Movilizable

La Fuerza Permanente, a su vez, se integraba de otros tres bloques:

- La Fuerza de Maniobra
- Las Fuerzas Específicas para la Acción Conjunta
- Y las Fuerzas de Defensa de Área

Por su parte, la Reserva Movilizable, integrada por las Fuerzas Movilizables de Defensa, tenía como objetivo, como su propio nombre indica, agrupar en su seno a los reservistas, que se emplearían en caso de necesidad.

La Fuerza de Maniobra sería la verdadera columna vertebral de la Fuerza Terrestre y se caracterizaría por su disponibilidad y por su capacidad de proyección externa.

En su organigrama se integraban:

- Unidades ligeras, como la Fuerza de Acción Rápida y una brigada de montaña
- Fuerzas pesadas, como una división mecanizada y una brigada de caballería
- Y unidades de apoyo: artillería de campaña y antiaérea, zapadores, transmisiones y helicópteros.

Las Fuerzas Específicas para la Acción Conjunta englobaban a los mandos estratégicos de artillería y comunicaciones, implicados en la defensa del espacio aéreo español y el control del Estrecho de Gibraltar.

Finalmente, las Fuerzas de Defensa de Área comprendían las unidades desplegadas en Baleares, Canarias y Ceuta y Melilla.

La segunda fase del Plan Norte se inició en 1997: se reorganizó el Cuartel General del Ejército y se potenciaron en su seno los órganos de planeamiento y control, en perjuicio de los de gestión y ejecución. En su seno, se inscribieron los mandos de la Fuerza de Maniobra, de Personal, de Apoyo Logístico y de Doctrina, encargado de dirigir y coordinar las bases doctrinales, orgánicas, materiales y formativas para su aplicación al combate, velar por la conservación de símbolos y tradiciones, indagar sobre las nuevas tendencias y unificar la operativa y la instrucción de las unidades.

La organización territorial experimentó también numerosos cambios:

- Desapareció definitivamente el cargo de Capitán General
- Los mandos regionales se redujeron a cuatro cuyos límites se hicieron coincidir en la medida de lo posible con los de las diferentes comunidades autónomas: Centro (Castilla La Mancha, Extremadura, Valencia y Madrid), Sur (Andalucía y Murcia) , Pirenaico(Aragón, Cataluña y Navarra), Noroeste (Asturias, Cantabria, Castilla León, Galicia, País Vasco y Rioja) y Zonas militares de Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla.

Del plan NORTE, una de las más severas críticas que se han vertido es: "...estas tropas ni son suficientes para la defensa del territorio ni poseen la estructura necesaria para hacer frente a una misión concreta. Su heterogénea composición no permite imaginar cuál será su empleo"¹⁰¹.

Y en el año 2002, como consecuencia del Real Decreto 912/2002 de 6 de septiembre de 2002, por el que se desarrolla la estructura básica de los Ejércitos, se modificó la estructura creada por el Plan NORTE con el objetivo de homologar la estructura de los tres Ejércitos.

De acuerdo con este RD, por tanto, en el Cuartel General se potenció lo operativo y sus órganos administrativos, como la Dirección de Asuntos Económicos y de Servicios Técnicos pasaron a depender del Apoyo a la Fuerza.

La nueva organización del Cuartel General quedó constituida por un Estado Mayor y una serie de órganos que mencionamos posteriormente. Así, el Cuartel General resultó, a su vez, estructurado en tres Divisiones:

- Planes

¹⁰¹ TENIENTE CORONEL BELMONTE HERNÁNDEZ, V., "Unas cuantas consideraciones sobre el Plan Norte", *Revista Española de Defensa*, nº 206, Madrid, Ministerio de Defensa, 2005, pág. 7-8

- Logística
- Operaciones

También integrarían el Cuartel General, como hemos dicho:

- Órganos de asistencia (información, cartografía, sociología, estadística e investigación operativa)
- Servicios generales (seguridad, mantenimiento, vida y funcionamiento)
- Un Gabinete (apoyo inmediato, protocolo, relaciones institucionales)
- Asesoría Jurídica
- Intervención delegada

La Fuerza, integrada por el conjunto de medios humanos y materiales puestos a disposición del JEMAD y compuesta de mandos, órganos auxiliares de mando y unidades conservó prácticamente igual la estructura anterior:

- Fuerza de Maniobra (Valencia)
- Fuerza Terrestre (Sevilla)
- Fuerza Logística Operativa (La Coruña)
- Mando de Canarias
- Comandancias Generales de Baleares, Ceuta y Melilla

El Apoyo a la Fuerza, con el principal cometido de posibilitar la vida y funcionamiento de las unidades, se estructuró en torno a las áreas de:

- Personal
- Apoyo logístico
- Asuntos Económicos
- Sistemas de información y telecomunicaciones.

La gestión de los recursos humanos estuvo a cargo de:

- Mando de Personal, en Madrid
- Mando de Adiestramiento y Doctrina, en Granada, competente en materia de sanidad, enseñanza, gestión y asistencia

La gestión del material quedó a cargo del Mando de Apoyo Logístico, en Madrid.

Finalmente, se creó la figura del Inspector General del Ejército de Tierra, con sede en Barcelona, para liberar a las unidades de cualquier función no relacionada directamente con sus cometidos operativos.

4.9 NORMAS RECTORAS:

4.9.1 LA CONSTITUCIÓN

En primer lugar, creemos que es obvio decir que todas las normas que integran el Derecho Militar deben estar inspiradas por los principios y valores constitucionales, algo de lo que dan buena cuenta preceptos como los que hemos citado en epígrafes precedentes a propósito de la vigencia en las Fuerzas Armadas de principios como el democrático, el de legalidad, de supremacía civil, de humanidad, de defensa, etc

Cabe citar aquí, el artículo 3 de las Reales Ordenanzas, según el cuál: “La disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye el primer y más fundamental deber del militar, que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar y en estas Reales Ordenanzas”.

La propia exposición de motivos de las nuevas Reales Ordenanzas recuerda que el ánimo que inspiró al legislador al aprobar las anteriores Reales Ordenanzas, por medio de la Ley 85/1978 de 28 de diciembre, fue, precisamente, el de adaptar las ordenanzas de Carlos III: “Su primer objetivo fue acomodarse a la Constitución y al marco democrático de un Estado de derecho, con la forma de Monarquía parlamentaria, que asegura el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”.

Y las nuevas normas aprobadas desde entonces han perseverado en la senda de adecuar todas las leyes militares al nuevo marco constitucional español y a la propia realidad fáctica: la propia Ley 6/1980 de 1 de julio, que dejaba claro la subordinación del poder militar al Gobierno, el Real

Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero que permitía la incorporación de mujeres a las Fuerzas Armadas, etc

4.9.2 LEY 4/1987 DE 15 DE JULIO DE COMPETENCIA Y ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Como es sabido, la Constitución establece los principios por los que se rige la actividad jurisdiccional y el de la unicidad es el más importante. No obstante, se reconoce la jurisdicción militar como jurisdicción especializada en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, sometida a los principios constitucionales (art. 117.5 CE).

La ley atribuye exclusivamente la actividad jurisdiccional a la función jurisdiccional militar, excluyendo a los órganos de mando, que tradicionalmente habían tenido ejercicio efectivo en la actividad jurisdiccional. No obstante, se reconoce legitimación especial a los mandos militares superiores en la interposición del recurso de casación.

Se consagran los principios de inamovilidad, responsabilidad y sumisión al imperio de la ley de quienes fueren a ejercer funciones jurisdiccionales así como de la independencia de los mismos.

Se definen también con claridad cuáles son los órganos jurisdiccionales militares en aras de la necesaria predeterminación.

Se mantiene la composición mixta de los tribunales militares: técnicos en derecho y profesionales de las Armas (se refiere a oficiales no jurídicos: de infantería, de caballería, de artillería, etc) en aras de una administración de justicia en la que estén presentes juzgadores procedentes del ambiente en que se produjo el hecho juzgado.

La competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz se circunscribe al ámbito castrense y a los hechos tipificados en el Código Penal Militar.

Se diseña una organización jurisdiccional diferente en tiempo de paz y en tiempo de guerra, en atención a las peculiaridades que presentarían unas Fuerzas Armadas inmersas en operaciones.

Se contempla la tutela jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar.

Crea la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Esta sala estaría compuesta por magistrados de doble procedencia: civil y militar. Está, en principio, llamada a conocer de recursos de casación y revisión, pero también concedora de procesos por delitos cometidos por altos cargos militares; del recurso contencioso disciplinario militar, etc

La organización jurisdiccional comenzaría en los Tribunales Togados, encargados de la instrucción y ascendería por los Tribunales Militares Territoriales hasta el Tribunal Militar Central.

La Fiscalía Jurídico Militar se hace depender del Fiscal General del Estado, integrándose en el Ministerio Fiscal.

Por otra parte, el proceso se abre a los inculpados y perjudicados, se garantiza la defensa letrada en los términos previstos en la Constitución, con la excepción de operaciones fuera del territorio o buques en navegación y se admite la figura del actor civil y de la acusación particular excepto que se trate de una causa en la que autor y perjudicado fueren militares y estuvieren unidos por una relación de subordinación.

4.9.3 RD LEY 1/1988 DE 2 DE FEBRERO POR EL QUE SE REGULA LA INCORPORACIÓN DE LA MUJER A LAS FUERZAS ARMADAS

Tanto este RD LEY como la Ley 32/2002 han sido derogadas por la Ley 39/2007 de 19 de noviembre pero los reproducimos aquí pues nuestro interés no es sólo atender al marco jurídico vigente sino hacer constar aquí cuáles han sido las normas legales que de una forma más fundamental han incidido en la configuración actual de las Fuerzas Armadas. Y sin duda, dos de ellas son las que comentamos a continuación.

El RD Ley que comentamos supuso una verdadera innovación en las Fuerzas Armadas pues, por primera vez, daba entrada a la posibilidad de que se incorporasen a sus filas mujeres.

De este RD lo más destacable es que las plazas para el acceso a los Cuerpos y Escalas expresados, a partir del momento de la entrada en vigor se convocan sin distinción de sexo.

Que, a partir de tal momento, en los procesos de selección no pudieron existir más diferencias que las derivadas de las distintas condiciones físicas del hombre y de la mujer que, en su caso, pudieran considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso.

Que, desde entonces, la mujer ha podido alcanzar todos los empleos militares.

Asimismo, se suprimieron en las denominaciones de los mismos cualquier distinción terminológica con el varón.

Además la Ley trataba de posibilitar a la mujer su progresión en la carrera militar en condiciones de igualdad con el varón, sin que puedan existir otras diferencias que las derivadas de sus condiciones fisiológicas para la provisión y el desempeño de determinados destinos.

4.9.4 LEY 17/99 DE 18 DE MAYO DE RÉGIMEN DE PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

La presente ley, que en su momento consumó la profesionalización de las Fuerzas Armadas y abordaba todos los aspectos que configuran el régimen de los militares profesionales, en la actualidad, en virtud de la Disposición Derogatoria de la Ley 39/2007 de 17 de noviembre de la carrera militar, sólo está en vigor en los artículos 150 a 155 y 160 a 162 así como en algunas disposiciones adicionales en tanto sean de aplicación: la disposición adicional segunda, la octava, la undécima, la duodécima; la transitoria tercera, la transitoria octava, el apartado 2 de la disposición transitoria décima, la disposición transitoria undécima, la disposición transitoria decimoquinta, la disposición transitoria decimosexta y el apartado 4 de la disposición derogatoria única.

El artículo 150 afirmaba algo que ya se declara en las actuales Reales Ordenanzas y en la Ley 39/2007: que el régimen de derechos, libertades y deberes de los militares profesionales es el establecido en la Constitución, disposiciones de desarrollo y, en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Vemos, pues, cómo el legislador ha conservado un precepto inútil e innecesario pues tal idea ya se reitera en la Ley 39/2007 y en las actuales Reales Ordenanzas.

El artículo 151 regulaba los Consejos Asesores de Personal: se trata de Consejos constituidos en el seno del Mando o Jefatura de Personal del respectivo ejército para analizar y valorar las propuestas o sugerencias planteadas por los militares profesionales referidas al régimen de personal y a la condición de militar.

Además en el ámbito de la Dirección General de Personal de la Subsecretaría de Defensa se constituyó un Consejo Asesor, formado por personal de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

El artículo 152 equiparó el sistema de retribuciones y de indemnizaciones por razón de servicio entre los miembros de las Fuerzas Armadas y los funcionarios civiles de la Administración del Estado con las necesarias adaptaciones a la jerarquía militar y teniendo en cuenta las peculiaridades y singularidades de la carrera militar.

Se equiparó, asimismo, en el artículo 153 a los militares profesionales al personal al servicio de las Administraciones públicas en el régimen de incompatibilidades.

Se consagró la permanente disponibilidad para el servicio de los militares en el artículo 154, aunque reconociéndoles igualmente un teórico derecho a los mismos permisos y licencias a los que tienen derecho los funcionarios al servicio de la Administración civil.

El artículo 155, dentro del capítulo IV, relativo a la protección social, se dedicaba a reconocer a los militares un Régimen especial de seguridad social, el ISFAS, así como el derecho a integrarse en las Clases Pasivas tanto de los militares profesionales con una relación permanente como de los vinculados por una relación de servicios de carácter temporal (siempre cumpliendo unos determinados requisitos).

Por su parte, el artículo 160 reconocía al militar el derecho de petición individual en los casos y con las condiciones previstas en la ley.

Y el artículo 161 permitía al militar 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.

Las quejas se presentarían siguiendo el conducto reglamentario, pero, si no se considerasen suficientemente atendidas, podrían presentarse directamente ante el Mando de Personal del Ejército correspondiente y, en última instancia, ante los órganos de inspección de la Subsecretaría de Defensa.

Si, con arreglo a los plazos y el procedimiento que reglamentariamente se determine, las quejas presentadas se siguieren considerando insuficientemente atendidas, se podría interponer el recurso que procedente.

4.9.5 LEY 32/2002 DE 5 DE JULIO MODIFICADORA DE LA LEY 17/99 DE RÉGIMEN DE PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

La situación de España en los principios del siglo XXI, en sus aspectos social, económico, jurídico y político, convertían a nuestro país en objetivo atrayente para numerosos extranjeros que deseaban, por diversas razones, trasladarse a vivir entre nosotros y ejercer una actividad de carácter profesional.

Este fenómeno de la inmigración, llevó al por entonces Gobierno Aznar a pensar en aprovechar este flujo humano para nutrir las filas de los Ejércitos, por entonces, no muy completas, pues nos encontrábamos en plena bonanza económica. Ello supuso, por tanto, un cierto incremento en la base de reclutamiento.

Ello requería la adopción de las medidas legales oportunas a fin de levantar la prohibición de que nacionales de otros países pudiesen formar parte de nuestras Fuerzas Armadas, lo que, no obstante, debía arbitrarse normativamente de tal manera que su regulación no supusiera injerencia en asuntos internos de otros Estados, ni una colisión con las normas de Derecho Internacional, ni con el concepto tradicional de las Fuerzas Armadas y la misión constitucionalmente asignada.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la Defensa Nacional y, como parte de ella, la defensa militar es responsabilidad esencial de los ciudadanos españoles. Por ello, el acceso de extranjeros a las Fuerzas Armadas debía restringirse de forma proporcionada al objetivo perseguido, con el propósito de evitar un desplazamiento cuantitativo y cualitativo de aquélla.

Para lograrlo, se adecuó la carrera militar de los extranjeros que accedían a las mismas, en la medida precisa para la consecución de la doble finalidad de su plena integración y de su colaboración en la política de personal de las Fuerzas Armadas dentro del proceso de profesionalización de estas últimas que se estaba llevando a cabo, lo que condujo a limitar los países cuyos nacionales podían optar al acceso a los Ejércitos en función de los especiales y tradicionales vínculos históricos, culturales e incluso lingüísticos que les unían a España.

De este modo se estableció que los extranjeros que fuesen nacionales de los países que reglamentariamente se determinasen de entre aquellos que mantienen con España especiales y tradicionales vínculos históricos, culturales y lingüísticos, podían acceder a la condición de militar profesional de tropa y marinería siempre que, por la legislación de su país de origen o por cuanto pudiese establecerse en convenios internacionales, no perdiesen su nacionalidad al entrar al servicio de las Fuerzas Armadas Españolas ni tuviesen prohibición de alistamiento militar en las mismas.

La relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas se estableció mediante la firma de un compromiso único que tendría una duración, a contar desde el nombramiento como alumno del centro docente militar de formación correspondiente, de tres años, y surtiría, desde la fecha de su firma, los efectos pertinentes a los fines de residencia y permiso de trabajo.

No obstante aquellos que a la finalización de este compromiso hubiesen adquirido la nacionalidad española y quisiesen continuar prestando servicios como militar profesional de tropa y marinería en las Fuerzas Armadas, podrían establecer nuevos compromisos.

Para el ingreso de extranjeros en los centros docentes militares de formación se exigió, además de los establecidos en la ley, salvo el referido a la nacionalidad española, los requisitos siguientes:

- a) Tener la residencia legal en España;
- b) No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España hubiese firmado un convenio en tal sentido;
- c) Tener la mayoría de edad con arreglo a lo dispuesto a su ley nacional;
- d) Carecer de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

La enseñanza militar de formación tendría en todo caso, como una de sus finalidades, la de proporcionarles una instrucción adecuada acerca de los principios y valores constitucionales y las instituciones, así como en los conocimientos básicos históricos y culturales de España.

4.9.6 LA LEY ORGÁNICA 5/2005 DE 17 DE NOVIEMBRE DE LA DEFENSA NACIONAL

Esta ley, primera ley en el ámbito militar del Gobierno Zapatero tuvo como objetivo por encima de cualquier otro el de acomodar la política de Defensa y el modelo organizativo de las Fuerzas Armadas a los profundos cambios experimentados en el mundo desde 2001 con el fin de asegurar la propia seguridad y la defensa.

Otro de los objetivos fue el de fijar una estrategia de seguridad. Ya en la exposición de motivos, declara la ley que en ese contexto de cambios “nuestra estrategia debe fundamentarse en un sistema multilateral de acciones e iniciativas, basado en el reconocimiento de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tiene la responsabilidad fundamental en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”.

En otro orden de cosas, la ley, en atención a la creciente proyección de España en operaciones internacionales de mantenimiento de la paz, de interposición, de ayuda humanitaria o de reconstrucción en diferentes escenarios, se propuso introducir misiones que no estaban contempladas en la anterior normativa.

Estableció, asimismo, nuevos y más rigurosos procedimientos de control parlamentarios sobre la acción del Ejecutivo y fijó las condiciones que deben cumplir tales operaciones internacionales para que nuestras Fuerzas Armadas puedan participar en ellas.

Además, la ley definió cuál es la responsabilidad del Presidente del Gobierno y del Ministro de Defensa en esta materia, asignando al primero la gestión de las situaciones de crisis y la dirección de los conflictos armados y al segundo el desarrollo y ejecución de la política de Defensa.

La ley denominaba a las Fuerzas Armadas como una “entidad única e integradora” de las distintas formas de proceder de sus componentes con el objetivo de posibilitar el empleo óptimo de sus capacidades.

Implantó también una organización que diferencia claramente la estructura orgánica y la operativa; la primera, bajo la responsabilidad de los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos, encargada de la preparación de la Fuerza; la segunda, cuyo mando recae en el Jefe de Estado Mayor de la Defensa.

Creó un nuevo órgano: el Consejo de Defensa Nacional como órgano asesor, coordinador y consultivo del Presidente del Gobierno y con una composición variable dependiendo de las circunstancias.

Suprimió la organización territorial aunque manteniendo a efectos institucionales la representatividad de algunos mandos en su relación con las Comunidades Autónomas.

Fijó como principios rectores de las Fuerzas Armadas los de jerarquía, unidad, disciplina y eficacia.

Estableció el mandato al legislador de desarrollar la guía de conducta del militar a través de reglamento, cosa que se materializaría años más tarde en el RD 96/2009 de 6 de febrero de Reales Ordenanzas.

Estableció el principio de Contribución Gradual a la Defensa como futuro criterio orientador para el poder ejecutivo en la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado.

Y debido a la desaparición del servicio militar obligatorio reforzó la posibilidad de incorporación de los ciudadanos, como reservistas, a las Fuerzas Armadas, como un modo de compensar tal circunstancia.

4.9.7 LEY 8/2006, DE 24 DE ABRIL DE TROPA Y MARINERÍA

El paso de un ejército de leva obligatoria a uno profesional no había satisfecho las expectativas generadas ni había permitido llegar al número de efectivos de tropa y marinería previsto en la Ley 17/99 de régimen de personal de las Fuerzas Armadas.

La temporalidad y otros condicionantes en los que se erigía el modelo entonces vigente había dado lugar a un elevado flujo de entradas y salidas de soldados y marineros que, finalmente, degeneró en inestabilidad y a una situación de estancamiento en la que no se alcanzaba el número de efectivos que se consideraba necesario.

Los países de nuestro entorno, con una mayor experiencia en la implantación de un modelo plenamente profesional de Fuerzas Armadas, demostraban un uso más racional de sus recursos humanos, aprovechando durante más tiempo la experiencia profesional adquirida, adecuando las

edades del personal a las misiones a desarrollar y garantizando al soldado y marinero una vinculación con las Fuerzas Armadas más prolongada, lo cual repercute en la estabilidad y eficacia del sistema y mejora sus expectativas personales.

Esta ley establecía un nuevo sistema con el objetivo principal de consolidar la plena profesionalización. Para conseguir este objetivo se posibilita al soldado y marinero una prolongada relación temporal con las Fuerzas Armadas y, a su término, un abanico de salidas laborales y unas medidas socioeconómicas que tienen en cuenta los años de servicio realizados, con la pretensión de que prestar servicio en las Fuerzas Armadas constituyese una opción más atractiva para los jóvenes.

Los cambios que se introdujeron pretendían consolidar la plena profesionalización de nuestras Fuerzas Armadas a través de la mejora de los niveles de modernización, eficiencia y cualificación, que por otra parte debían ser objeto de la adopción de otras medidas no relacionadas directamente con el régimen de personal de nuestras Fuerzas Armadas.

El modelo definido en esta ley garantiza a los soldados y marineros la posibilidad de completar su trayectoria profesional comenzando su relación de servicios con un compromiso inicial renovable hasta seis años de duración y con la posibilidad de suscribir otro de larga duración que llegue hasta los 45 años de edad, durante cuya vigencia pueden acceder a la condición de soldados permanentes.

Alcanzados los 45 años, y en el caso de que no se haya adquirido la condición de soldado permanente, cesa la relación de servicio activo en las Fuerzas Armadas, accediendo el militar profesional de tropa y marinería que así lo decida y haya cumplido al menos 18 años de servicio, a la condición de reservista de especial disponibilidad, y con ella al derecho a percibir mensualmente una asignación económica.

El compromiso de larga duración y la figura del reservista de especial disponibilidad fueron las piezas más singulares del nuevo modelo, semejantes a las implantadas en los países de nuestro entorno, donde habían demostrado su eficacia.

Esta ley también reconoce, en ciertos supuestos, al militar profesional de tropa y marinería que resuelva su compromiso de larga duración una prima en función de los años de servicio que haya prestado, cuando no acceda a la condición de reservista de especial disponibilidad.

Las medidas contenidas en esta ley también son de aplicación a aquellos militares profesionales de tropa y marinería que tuvieron que abandonar las Fuerzas Armadas, por razón de la edad o los años de servicio establecidos en la Ley 17/1999, de 18 de mayo, a los que se permite su reincorporación.

Para quienes opten por limitar su permanencia en las Fuerzas Armadas a los años previstos en el compromiso inicial, esta ley incluye el reconocimiento del tiempo servido en los Ejércitos como mérito en el acceso a las Administraciones Públicas, la reserva de plazas para el ingreso en la Guardia Civil y en el Cuerpo Nacional de Policía, una mejora en los sistemas de formación profesional y programas de incorporación laboral a concertar con los empresarios. Se pretende con ello hacer atractivo y útil el servicio, por tiempo limitado, en nuestros Ejércitos.

A los ciudadanos extranjeros se les permite ampliar la duración de su relación de servicios con las Fuerzas Armadas hasta seis años. Con esta mayor permanencia se pretendía darles más estabilidad y mejorar su grado de integración en la sociedad española.

El contenido de esta ley, al establecer un nuevo modelo de tropa y marinería, se adelantó en cierta medida a la necesaria reforma que exigía la carrera del militar profesional, en la que se debía adoptar un nuevo diseño para adaptarla a las circunstancias y necesidades actuales.

Una vez reseñada, indicamos ahora, algunas propuestas para mejorar la Ley 8/2006, de 24 de abril, de tropa y marinería:

a) En primer lugar, corregir algunos de los efectos sobrevenidos no deseados en su aplicación, como el aumento desorbitado de los trámites administrativos en materia de personal (en las llamadas Primeras Secciones), con motivo de los complejos procesos para la renovación de compromisos.

b) Debe contemplarse la concesión de la nacionalidad española a los soldados y marineros extranjeros que presten más de dos años de servicio en Las Fuerzas Armadas.

c) Garantizar a los soldados y marineros la posibilidad de desarrollar su trayectoria profesional en su escala.

d) Permitir la promoción a la escala de suboficiales y a la de oficiales tras la obtención de los niveles educativos requeridos para ello.

4.9.8 LEY 39/2007 DE 19 DE NOVIEMBRE DE LA CARRERA MILITAR

Las grandes transformaciones políticas y sociales que ha vivido España en los últimos treinta años, así como el cambio de su posición en el escenario internacional de un mundo en rápida evolución, habían tenido su reflejo, varias veces, en las normas que establecen el marco jurídico de la defensa y en consecuencia en uno de sus recursos clave: el personal militar.

La Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar inició el proceso de adaptación de nuestras Fuerzas Armadas al sistema político establecido por la Constitución de 1978. Dicha ley orgánica hacía referencia a que una serie de aspectos esenciales del régimen de personal, tales como la enseñanza militar, las escalas, el régimen de ascensos y recompensas, los sistemas de ingreso y retiro y los empleos de los miembros de las Fuerzas Armadas, se regularan por ley siguiendo los criterios unificadores que establecía.

Dicha exigencia se materializó en la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, que supuso un hito en la racionalización y fijación de criterios homogéneos en la política de personal militar.

Previamente, el Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero, había dado paso a la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas en consonancia con los cambios sociales acaecidos en España.

A lo largo de la década de los años noventa, coincidiendo con el proceso de aplicación y desarrollo de la Ley 17/1989, de 19 de julio, cambió profundamente el contexto estratégico. A la vez que iba desapareciendo la política de bloques de la guerra fría, surgían nuevas misiones fuera del territorio nacional y se evidenciaba la necesidad de contar con unas Fuerzas Armadas preparadas, con una gran disponibilidad y capacidad de reacción.

Estos criterios, unidos a las demandas de la sociedad, propiciaron la Constitución de una Comisión Mixta Congreso de los Diputados-Senado, que determinó en 1998 los principios generales de un nuevo modelo de Fuerzas Armadas plenamente profesionales. De conformidad con el dictamen de la Comisión se promulgó la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, que supuso la suspensión del servicio militar obligatorio.

Posteriormente, la presencia de un número significativo de ciudadanos de otros países en España, hizo aconsejable permitir su acceso a la condición de militar profesional de tropa y marinería por medio de la Ley 32/2002, de 5 de julio, modificadora de la Ley 17/1999, de 18 de mayo.

La Directiva de Defensa Nacional de 30 de diciembre de 2004, tras realizar un análisis de los nuevos riesgos y amenazas en los inicios de este siglo XXI, se refirió a la necesidad de transformación constante de las Fuerzas Armadas, prestando gran atención a los recursos humanos y desarrollando un nuevo modelo realista de profesionalización, basado en la calidad y en la capacidad de atraer a los ciudadanos al ejercicio profesional en las Fuerzas Armadas.

En el ámbito legislativo el referido proceso de transformación se inicia con la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

Promulgada ésta, el siguiente paso era desarrollar dicho modelo de profesionalización y reformar la carrera militar. Aunque tal objetivo se podría haber alcanzado mediante una sola norma que sustituyera a la vigente Ley 17/1999, de 18 de mayo, dado que el proceso llevaría años y mientras tanto era urgente reorganizar el marco laboral de la tropa y marinería se elaboró y promulgó la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, en la que también se insta a la actualización del régimen del personal militar.

En consecuencia, esta ley procedió a regular los aspectos del régimen de personal, conjunto sistemático de reglas relativas al Gobierno y ordenación de los recursos humanos, para que las Fuerzas Armadas estuviesen en condiciones de cumplir las misiones definidas en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional.

Con ello se pretendía cumplir una de las directrices de la Directiva de Defensa Nacional en el sentido de reformar la carrera militar adoptando una estructura de cuerpos y escalas renovada, con sistemas de ascenso y promoción que incentivaran la dedicación y el esfuerzo profesional.

A la carrera militar, en primer lugar, se accede tras haber cursado la enseñanza de formación en un sistema específico de las Fuerzas Armadas, cada vez más integrado en el sistema educativo general, y queda definida por la ocupación de diferentes destinos, por el ascenso a los sucesivos empleos y por la progresiva capacitación para puestos de mayor responsabilidad, combinando preparación y experiencia profesional. Carrera militar que, partiendo de un modelo semejante para to-

dos los militares profesionales, se debería desarrollar en una estructura renovada de cuerpos y escalas.

Uno de los objetivos de esta ley era acrecentar los valores del ciudadano que se incorpora a las Fuerzas Armadas y convertirlo en un buen servidor público y en un mejor militar. Desde el momento de su ingreso en las Fuerzas Armadas, el militar, debe cumplir unas reglas de comportamiento que se adquieren con un método continuado de formación y exigencia personal. Al incluirlas en esta ley se pretendía destacar su importancia en el ejercicio de la función militar y se daba cumplimiento a la exigencia de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de establecer, mediante ley y de acuerdo con la Constitución, las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares, en especial la disciplina, la jerarquía, los límites de la obediencia y el ejercicio del mando militar. Dichas reglas esenciales fueron desarrolladas, mediante real decreto 96/2009 de 6 de febrero, por las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

Añadamos además, que tanto en la ley de la Carrera Militar como en las Reales Ordenanzas como en las regulaciones reglamentarias del régimen del personal militar profesional se han incorporado 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.

La igualdad efectiva de mujeres y hombres en todo lo relacionado con el acceso a las Fuerzas Armadas, su formación y carrera militar se convirtió en otro de los objetivos de la ley.

Asimismo, se pretende conjugar la disponibilidad permanente para el servicio, específica de los militares, con la conciliación de la vida profesional, personal y familiar con una serie de medidas de acción social.

Las necesidades de militares profesionales de las Fuerzas Armadas son cubiertas, dice la ley, por militares de carrera, militares de tropa y marinería y, en determinados supuestos, por militares de complemento (como fue nuestro caso).

Los de carrera, oficiales y suboficiales, mantienen una relación de servicios de carácter permanente; los de tropa y marinería, cuyo régimen está regulado en la citada Ley 8/2006, de 24 de abril, pueden adquirir la condición de militares de carrera cuando accedan a una relación de servicios de carácter permanente.

Se conserva la figura del militar de complemento, reforzando su carácter temporal con compromisos limitados hasta un máximo de ocho años, y se permite el acceso de extranjeros al Cuerpo Militar de Sanidad en la especialidad de medicina.

Para los militares de complemento sujetos a la Ley 17/1999, de 18 de mayo, se establece un régimen que les permite, al igual que a los de tropa y marinería, mantener un compromiso de larga duración hasta los cuarenta y cinco años, durante el cual pueden adquirir la condición de militares de carrera de la forma que se regula específicamente para ellos, y a cuya finalización pasarían a ser reservistas de especial disponibilidad.

Los militares profesionales se integran en el caso de los de carrera, o se adscriben los de complemento, en cuerpos y escalas. La ley conserva la estructura general de cuerpos aunque suprimiendo los cuerpos de especialistas cuyos cometidos son asumidos por los cuerpos generales, aunque con un catálogo más amplio de especialidades.

En lo que respecta a las escalas, las actuales escala superior de oficiales y escala de oficiales de los cuerpos generales y de infantería de marina son sustituidas por una nueva y única escala de oficiales en cada cuerpo, con el propósito, siempre según la ley de superar disfunciones, acomodarse al proceso de conformación del espacio europeo de educación superior (Bolonia) y potenciar el papel de los suboficiales.

La creación de escalas de tropa y marinería en los cuerpos generales y de infantería de marina, decía la ley respondía a la concepción de las Fuerzas Armadas como un conjunto armónico donde el personal profesional, a juicio del legislador debe quedar integrado en escalas, para poder dar un tratamiento adecuado a la progresión de estos militares y aumentar su identificación con la organización.

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 posgrado 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 quedó pendiente para el Cuerpo Militar de Sanidad.

En la ley se procede igualmente a una caracterización de cada una de las categorías militares. Se destaca la alta dirección de los oficiales generales; las acciones directivas, especialmente de mando, de los oficiales; el eslabón fundamental que para la organización constituyen los suboficiales; y la profesionalidad y dedicación de los militares de tropa y marinería, de las que depende en gran medida la eficacia de la organización.

Desde el punto de vista de las competencias la ley trata de ser coherente con la Ley Orgánica de la Defensa Nacional. En este sentido, se reforzaron las que correspondían al Jefe de Estado Mayor de la Defensa, quien debe asesorar e informar al Ministro de Defensa sobre el régimen del personal militar, trasladar al Subsecretario de Defensa los requerimientos que, en materia de personal militar, afectan a la operatividad de las Fuerzas Armadas y establecer directrices para orientar la preparación de la Fuerza de cada uno de los Ejércitos con objeto de asegurar la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas.

La ley, asimismo, asigna a los órganos de la Subsecretaría de Defensa una responsabilidad mayor en el planeamiento, a la vez que, con su inclusión en la ley, se destaca al Mando o Jefatura de Personal de cada Ejército, el cual, bajo la dependencia del Jefe de Estado Mayor respectivo, se convierte en elemento esencial en la aplicación y control de aquellos asuntos que pueden condicionar la carrera militar de los miembros de su respectivo Ejército, asumiendo la función de orientarlos profesionalmente.

En cuanto al número de efectivos, se fija en una horquilla entre 130.000 y 140.000, en atención, entendemos más a las posibilidades presupuestarias que a la realidad demográfica de nuestro país. Se establece el número global máximo de oficiales y suboficiales y se concreta el de oficiales generales y el de coroneles.

La enseñanza militar experimenta otra importante y controvertida reforma (quizás uno de los dos extremos más discutidos de la ley junto con el sistema de ascensos y el tratamiento de la figura del suboficial) continuando en el proceso iniciado por la Ley 17/1989, de 19 de julio, donde la formación que permitía el acceso a las escalas de oficiales y suboficiales, obtenida en los centros docentes militares, era equivalente a titulaciones del sistema educativo general.

La enseñanza de oficiales y suboficiales mantiene la exigencia de una excelente formación militar, puesto que, lógicamente es imprescindible proporcionar a los miembros de las Fuerzas Armadas la formación requerida para el ejercicio profesional en los diferentes cuerpos, escalas.

Junto a esa formación militar, a partir de esta ley es un requisito para acceder a las escalas de oficiales obtener un título de grado universitario y para las escalas de suboficiales, una titulación de formación profesional de grado superior (de nuevo, consecuencia del llamado Tratado de Bolonia)

La formación para el acceso a las escalas de oficiales se realizaría en academias militares (como siempre), que impartirían la enseñanza de formación militar, encuadrando a los alumnos y dirigiendo y gestionando su régimen de vida.

Las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos de grado universitario del sistema educativo general se impartirían en un nuevo sistema de centros universitarios de la defensa adscritos a universidades públicas y ubicados en las citadas academias militares.

En lógica coherencia con ese proceso de formación, se establece en la ley como criterio de ingreso en los centros docentes militares de formación de oficiales y en los centros universitarios de la defensa, que será necesario, haber cumplido simultáneamente los requisitos exigidos para el acceso a la enseñanza universitaria, además de las pruebas necesarias para ingresar en las academias militares.

La selección continúa a lo largo del proceso de formación académica; como consecuencia, prevé la ley que en las provisiones anuales de plazas se debe ofertar para el ingreso un número superior de plazas que el que se fije para el acceso posterior a las escalas de oficiales correspondientes. Con este sistema de ingreso y formación se pretende aumentar el número de aspirantes a la carrera militar, mejorar la selección y formación y facilitar la movilidad social.

La ley declara, además, que los suboficiales deben recibir la formación militar y técnica necesaria para obtener en centros docentes militares el título de formación profesional correspondiente.

Por otra parte, la ley pretende que la enseñanza de los militares de tropa y marinería haga más atractiva la pertenencia a las Fuerzas Armadas; por ello, junto al objetivo de la capacitación para el desempeño profesional, la ley ordena que se debe procurar que a lo largo de su permanencia en dicha categoría obtengan el título de técnico de formación profesional de grado medio.

Por lo que respecta a la enseñanza de perfeccionamiento, ya no consistirá solamente en actualizar conocimientos sino en adquirir los títulos y las especializaciones necesarias para adaptar o reorientar los perfiles profesionales, una exigencia que la ley contempla a partir de determinados empleos militares.

Asimismo se incluyen los altos estudios de la defensa nacional, orientados tanto a los miembros de las Fuerzas Armadas como a personas que provengan de la sociedad civil y de los diversos ámbitos de las Administraciones Públicas.

La carrera militar, definida en la ley como “el acceso gradual y progresivo a los diferentes empleos que facultan para desempeñar los cometidos en los destinos de la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas”, comienza con la superación de la enseñanza de formación y la incorporación a una de las escalas en que se agrupan los militares profesionales. Implica, según la ley, conjugar el desarrollo profesional, unido a más responsabilidades y mejoras retributivas, con las necesidades de la organización.

A partir de esta ley, en los dos primeros empleos de cada escala se ocuparán, preferentemente, puestos operativos; posteriormente se producirá una reorientación o una adaptación de la carrera.

La enseñanza de perfeccionamiento deberá dotar a los militares de una nueva especialidad o conocimientos más específicos; en ambos casos, según la ley, los preparará para desempeñar puestos distintos en áreas diferentes.

Respecto al sistema de ascensos, se amplían los supuestos en los que se utilizarán sistemas de ascenso más exigentes de elección y clasificación, en perjuicio de la mera aplicación de la antigüedad que sólo se utiliza, a partir de la entrada en vigor de la ley, para el primer ascenso de los oficiales y suboficiales.

Otro elemento clave es la ocupación de diferentes destinos, que se proveerán mediante los sistemas de libre designación, concurso de méritos y provisión por antigüedad. Con la potenciación del mérito y la capacidad, la intención del legislador es que la utilización del sistema de antigüedad vaya disminuyendo progresivamente.

En cuanto a las situaciones administrativas, como ya adelantamos en la introducción, se adaptan en lo posible al estatuto básico del empleado público, aunque se mantiene la reserva como

situación específica, comprometiéndose el legislador a una regulación adecuada de sus retribuciones.

La Ley 39/2007, de 19 de noviembre también regula la figura del reservista. La Ley 17/1999, de 18 de mayo, al suspender la prestación del servicio militar obligatorio, estableció un sistema de reclutamiento en el que el personal se vinculaba voluntariamente a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales. Al mismo tiempo previó la aportación de recursos humanos cuando la defensa de España lo exigiera, con arreglo a las obligaciones militares que señala el artículo 30.2 de la Constitución. De ese modo se aseguraba la participación de todos los ciudadanos, imponiendo solo las obligaciones imprescindibles. En el desarrollo y aplicación de aquella ley adquirió gran importancia la figura del reservista voluntario.

Pues bien, esta ley, la 39/2007 la mantiene y la refuerza. Por otro lado, se suprime la figura del reservista temporal debido a la creación de la figura del reservista de especial disponibilidad en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, y su extensión en ésta a los militares de complemento de la Ley 17/1999, de 18 de mayo.

El proceso de incorporación de reservistas a las Fuerzas Armadas se pondrá en marcha, según la ley, en aquellas situaciones de crisis en que las necesidades de la defensa nacional no puedan ser atendidas por los efectivos de militares profesionales. En tales circunstancias, el Consejo de Ministros podrá adoptar las medidas necesarias para la incorporación a las Fuerzas Armadas, en primer término, de reservistas voluntarios y de reservistas de especial disponibilidad y posteriormente, sólo si es preciso, solicitará al Congreso de los Diputados autorización para la declaración general de reservistas obligatorios, a los que se reconocerá su derecho a la objeción de conciencia.

El Ministro de Defensa también podrá autorizar la incorporación de reservistas, con carácter voluntario, para misiones en el extranjero o cuando las Fuerzas Armadas colaboren con las Instituciones del Estado y las Administraciones Públicas para preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos o para prestar servicio en las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa.

Por medio de una serie de disposiciones adicionales se definen las recompensas militares, se da el carácter de agente de la autoridad a los miembros de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de determinadas funciones; se regula el empleo del idioma oficial; se señalan las competencias específicas de la Sanidad Militar; se describe el sistema de acción social, con especial mención a los militares de tropa y marinería; se establece el régimen del personal del Servicio de asistencia Religiosa

de las Fuerzas Armadas; se aportan criterios para la racionalización y simplificación de los procedimientos administrativos y se dan normas para la reordenación de escalafones de las Escalas auxiliares del Ejército de Tierra.

La ley incluye una serie de disposiciones transitorias para aplicar sus previsiones en un plazo razonable, especialmente en lo referente a plantillas, ascensos, enseñanza, Constitución de las nuevas escalas y situaciones administrativas, teniendo en cuenta las expectativas de los actuales miembros de las Fuerzas Armadas y las necesidades de la organización.

Se deroga la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, salvo los artículos que se refieren a derechos y deberes, así como la Ley 32/2002, de 5 de julio, que la modifico para permitir el acceso de extranjeros.

De la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas se derogan los artículos que se ven afectados por esta ley; se mantienen los que se refieren a derechos fundamentales y libertades públicas y se da rango de real decreto a los demás (éste es otro de los muy controvertidos aspectos de esta ley pues se deja al reglamento la regulación de derechos fundamentales)

Mediante disposiciones finales se actualizan determinados supuestos del Régimen de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, con la reforma de su Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio.

Se modifica la Ley, de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil.

Se adaptan los grupos de clasificación a efectos retributivos a lo establecido en el Estatuto del Empleado Público.

Se reforma la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería para ajustarla a esta ley.

Se hace referencia al estatuto de personal del Centro Nacional de Inteligencia y se expresa el reconocimiento a todos los españoles que cumplieron el servicio militar, así como a los que, destacados en el territorio de Ifni-Sahara, participaron en la campaña de los años 1957 a 1959.

La actualización del régimen del personal militar se debía completar por medio de una ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (la actual Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio), en la que se regularía 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. Además, dice la Ley, en ella se deberían incluir, según las previsiones de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, la creación del Observatorio de la vida militar.

Tal ley, como decimos ha sido promulgada en el año 2011 y en ella se han desarrollado todas las demás cuestiones relacionadas con los derechos de asociación y reunión de los militares y los cauces de participación.

Por último se preveía la modificación del régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil que se regía por lo previsto en la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, hasta ese momento, debido a las modificaciones introducidas en la Ley 17/99 de régimen de personal de las Fuerzas Armadas que era de aplicación al estatuto armado.

Dada la relación de la formación de oficiales de la Guardia Civil con la de las Fuerzas Armadas, en esta ley se recogen medidas para implantar en dicho cuerpo las enseñanzas conducentes a la obtención de titulaciones de grado universitario del sistema educativo general.

También por su importancia se extiende a sus miembros, en lo que les resulte aplicables con arreglo a lo dispuesto en su normativa específica, el cumplimiento de las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar.

Al igual que en el caso de la Ley de tropa y marinería, exponemos ahora algunas consideraciones críticas y presentamos algunas medidas para mejorar la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.

De todas las leyes promulgadas en los últimos años en materia de Derecho Militar, ésta es la más controvertida: perspectivas de carrera truncadas, escasas perspectivas de futuro para los militares de complemento, militares que abandonaron las Fuerzas Armadas mediante la reserva transitoria hace veinte años y ahora ascienden hasta tres grados en un año, superando a sus ex compañeros que aún siguen en activo, etc

Como contrapartida y como hemos dicho, proponemos una serie de medidas que contribuirían a paliar esta situación:

Es urgente dar solución a los agravios que provoca la eliminación del ascenso a oficial por promoción interna; el retraso sucesivo de las edades de pase a la reserva; la asignación de nuevos cometidos sin la asignación correspondiente de sueldo ni reconocimiento de categoría; los agravios en los ascensos a teniente y sus retrasos; el colapso en la escala y una pirámide de personal descompensada; la falta de límites de empleo en la mayoría de casos de prestación de servicios o la pérdida de especialidad, entre otras cuestiones.

Pero respecto a medidas concretas, en primer lugar, creemos necesario adecuar la Ley de la carrera militar a los siguientes derechos:

- Derecho a ser informado de sus cometidos.
- Derecho a la intimidad y dignidad personal.
- Derecho a la no discriminación por razones de discapacidad.
- Derecho a la conciliación laboral y familia y a un horario laboral justo.

En segundo lugar, es necesario:

a) Impulsar la modificación del actual modelo para permitir la permeabilidad entre escalas, facilitando la proyección y trayectoria profesionales, y con plenas garantías de promoción y progresión reales y efectivas para todos los miembros de las fuerzas armadas.

b) Establecer un modelo de progresión profesional que logre generar expectativas profesionales y que incentive la dedicación y el esfuerzo.

c) Crear un acceso, desde el primer empleo, a la condición de militar de carrera a todas las escalas. Ese modelo ha de permitir la obtención de nuevas especialidades que permitan orientar su perfil de carrera, así como la obtención de aquellas titulaciones o requisitos del sistema educativo general que contribuyan a mejorar los procesos de promoción y de cambio de escala.

d) Mejorar e impulsar los procesos de promoción interna tanto para cambio de escala como de cuerpo, dirigido a todos los militares profesionales que reúnan determinados requisitos y garantizar dichos procesos mediante el adecuado establecimiento de reserva de plazas en la ley.

e) Eliminar todos los requisitos generales o específicos (límites de edad, número máximo de convocatorias), a reunir por los aspirantes para el acceso a los centros de formación militar y para la promoción vertical y horizontal, que sean discriminatorios y que no estén plenamente justificados

objetiva y razonablemente como esenciales y determinantes, y sean legítimos y proporcionados a otros méritos a valorar.

f) Establecer un porcentaje de reserva de plazas no inferior al cuarenta por cien, para suboficiales y tropa y marinería, para el acceso a las escalas de oficiales, que será establecido por consejo de ministros.

g) Valorar de una forma más adecuada en los procesos de acceso o promoción, como mérito militar, la antigüedad o tiempo de servicios en las Fuerzas Armadas, e incluir otras circunstancias como la condición de militar previa y el grado de formación e instrucción militar adquirida. En este sentido, se ha de acomodar a los militares de complemento en la carrera militar de forma que puedan tener unas expectativas de carrera permanentes.

h) Priorizar el sistema de acceso directo a las escalas de oficiales, suboficiales y tropa y marinería con titulación previa. De esta manera debe facilitarse y potenciarse este sistema y, consecuentemente, proceder a la reducción del tiempo de formación en los centros y academias, en relación con las áreas formativas ya superadas en el ámbito de los conocimientos adquiridos desde la titulación previa.

i) Facilitar la promoción interna para tropa y marinería y para suboficiales con titulación universitaria a la escala de oficiales.

j) Suprimir las escalas técnicas, de acuerdo con el plan de Bolonia, e integración en las escalas de oficiales del cuerpo de ingenieros politécnicos del Ejército de Tierra, cuerpo de ingenieros de la Armada y cuerpo de ingenieros del Ejército del Aire.

k) Integrar plenamente en una única escala de Sanidad todos los miembros de las diferentes áreas sanitarias de las Fuerzas Armadas, sin limitación de trayectoria y posibilidades de ascensos en la escala.

En tercer lugar, es necesario:

a) Suprimir los informes personales concebidos en la presente ley. En los procesos de evaluación se deben aplicar parámetros de justicia y equidad de manera que se puedan garantizar procesos transparentes y en igualdad de oportunidades. La objetividad debe de ser real y efectiva.

b) Reforma del régimen y sistema de ascensos: desaparición del sistema de clasificación; sistema de elección a partir del empleo de general de brigada (sin que éste se encuentre incluido); sistema de antigüedad para el segundo empleo; sistema de concurso-oposición para el resto de empleos.

c) Establecer por ley los puestos de libre designación, que nunca podrán aplicarse a unidades o secciones enteras.

- d) Publicar vacantes para personal en reserva a los únicos efectos de cubrir determinadas vacantes que lleven como mínimo un año desiertas.
- e) Facilitar los cambios de destino mediante permutas.
- f) Permitir el ascenso con titulación al primer empleo de la escala superior a la de origen.
- g) Nueva evaluación para el ascenso a cabo mayor para los cabos 1º con el curso de capacitación afectados por la entrada en vigor de la Ley de la carrera militar.

4.9.9 RD 96/2009 DE 6 DE FEBRERO POR EL QUE SE APRUEBAN LAS REALES ORDENANZAS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Las Reales Ordenanzas constituyen el código deontológico de los militares, es decir, un conjunto de reglas éticas y reglas de comportamiento que rigen tanto el régimen interior de las unidades, como la conducta del militar en operaciones, los principios por los que se deben regir los mandos, la relación entre mandos y subordinados, la manera de actuar en el día a día, etc

El término Ordenanza es el nombre que adopta la normativa militar autónoma en el S XVIII “debido a la primera característica esencial que las origina: el Derecho privilegiado personal o de clase que formulan y que distingue claramente al destinatario de las mismas”¹⁰². Y con tal denominación, tanto Felipe V, en 1728, como Carlos III, en 1768, establecieron sendos textos legales para el Ejército, como culmen de la organización jurídico institucional que ambos impulsaron. También la Armada recibió sus Ordenanzas (en 1748, 1769 y 1793). El Ejército del Aire, por su parte y desde su creación, se rigió por las Ordenanzas del Ejército de Tierra.

En los inicios de la etapa democrática comenzó el proceso de revisión de las antiguas ordenanzas, finalizando dicho proceso con la promulgación de Ley 85/1978 de 28 de diciembre, a la que ya hicimos referencia cuando hablamos de la labor del General Gutiérrez Mellado. Su espíritu era el de acomodar las viejas ordenanzas a la Constitución y al Estado de Derecho, en definitiva, constituyendo una referencia ineludible en la reforma de las Fuerzas Armadas.

Últimamente, la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar, dando cumplimiento el mandato establecido por la Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, estableció las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares y se remitió a las nuevas Reales Ordenanzas, aprobadas finalmente por éste RD 96/2009, para su desarrollo reglamentario.

¹⁰² BOLAÑOS MEJÍAS, M. C., Las Ordenanzas de Carlos III de 1768: el Derecho Militar en una sociedad estamental, en *Estudios sobre Ejército, política y derecho en España: SXII-XX. Ponencias presentadas en el Curso de Verano organizado por el Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la UNED*, Madrid, Polifemo, 1996, pág.164

Debemos advertir, no obstante, que la disposición derogatoria única de dicha ley 39/2007 dejó en vigor los artículos 169, 174, 177, 178, 180, 181, 182 y 185 de las anteriores Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, de modo que hasta la promulgación de la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, hemos tenido que tener en cuenta también dichos artículos para realizar una correcta interpretación de algunos principios y reglas de comportamiento en el seno de las Fuerzas Armadas.

De otra parte, estas Reales Ordenanzas, aprobadas por medio del RD 96/2009 derogan también algunos artículos de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, ordenanzas que constituyen un código de conducta más aplicable al funcionamiento del régimen interior de las unidades y menos teóricas que las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Por su menor interés para este trabajo omitiremos cualquier referencia a las mismas.

Las nuevas Reales Ordenanzas se estructuran en un Título Preliminar, cinco Títulos, cada uno de ellos compuesto de varios Capítulos (excepto el Título II) y ciento veintinueve artículos.

El Título preliminar se estructura en trece artículos y como es habitual define el objeto, el ámbito de aplicación y enuncia principios generales.

En primer lugar, el objeto de estas Reales Ordenanzas ya hemos anticipado en otro momento que es el de servir de guía, el de constituir un código de conducta para los militares. Y su ámbito de aplicación se extiende a todos los militares, incluyendo a alumnos, reservistas e incluso, en lo que sea aplicable, a la Guardia Civil.

A continuación, expone el primer y más fundamental deber para el militar, como es el de estar permanentemente dispuesto a defender a España “incluso con la entrega de la vida”¹⁰³ y posteriormente deberes de carácter general como guardar y hacer guardar la Constitución y cumplir las obligaciones derivadas de su condición de militar, de las misiones de las Fuerzas Armadas y de la propia legalidad.

Quizás éste sea la disposición más conocida en un militar y condiciona cada uno de los actos que éste pueda llevar a cabo a lo largo de su jornada laboral: el militar no debe escatimar esfuerzos ni sacrificio en ninguna operación, ejercicio o cometido pues dado que ha jurado dar la propia vida,

¹⁰³ Artículo 3 del Real Decreto 96/2009 de 6 de febrero por el que se aprueban las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas

el miedo a perderla no debería existir. En este sentido, es particularmente admirable la declaración hecha por el padre del sargento primero Bernal, segundo jefe de la célula de información del CNI en Iraq, asesinado en 2003 y que transcribimos: “Somos una familia de militares y estamos orgullosos de que haya muerto en acto de servicio. Que nadie utilice políticamente su muerte porque él estaba allí voluntariamente”¹⁰⁴.

A continuación, las Reales Ordenanzas extrapolan al ámbito militar principios más propios de la función pública civil, cuyo respeto reclama ahora en los cuarteles: de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental.

Menciona expresamente el juramento ante la bandera de España que, como es sabido, todo militar debe rendir a los pocos meses de ingresar en las Fuerzas Armadas y exige al militar el respeto a éste y a otros símbolos, como el escudo o el himno nacional.

El militar deberá ajustar la conducta propia a los principios, ya mencionados en otro epígrafe, de jerarquía, unidad y disciplina, principios a los que dedica los artículos siguientes.

La dignidad personal debe ser otro de los valores que el militar debe respetar tanto en el ámbito de los conflictos armados como en la propia vida diaria de las unidades; y en general, contempla como deber el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución.

Por fin, en el artículo trece consagra el principio de igualdad y alienta a prevenir la llamada violencia de género. Estos dos principios son la consecuencia de la aplicación de la Ley de 22 de marzo de 2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, aprobada por el parlamento en la primera legislatura del Gobierno Zapatero, impulsor vehemente, como sabemos, de este tipo de normas.

El Título I, “Del militar”, se compone de veintinueve artículos, distribuidos en dos capítulos: el primero se dedica a los principios básicos; el segundo a las normas de actuación.

El Capítulo I, se denomina, como hemos dicho, “Principios básicos”.

¹⁰⁴ TRILLO FIGUEROA, F., *Memoria de Entreguerras*, Barcelona, Planeta, 2005, pág. 326

El artículo catorce trata el espíritu militar en unos términos que nos permitimos reproducir íntegramente “El militar 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 de 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”. Son palabras, si bien extensibles a todos los militares, se exigen más propiamente al oficial, como mando capaz de tomar decisiones, suplir la falta de órdenes, adoptar iniciativas, etc.

A continuación, las Reales Ordenanzas repasan una serie de principios a los que nunca debe faltar el militar, como dar prioridad a los principios éticos, cumplir con exactitud lo mandado, hacer honor a las virtudes fundamentales del militar como la disciplina, el valor, la prontitud en la obediencia, la promoción de la justicia en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la dedicación y la disponibilidad para el servicio.

Incluye como hecho fundamental en la vida militar el respeto a la tradición y la rendición de homenajes a los que dieron su vida por España. Ésta es la razón por la que en todos los actos militares, se realiza un desfile de guiones y banderines, hay una invocación del “pater”, se canta “La muerte no es el final” y se dispensan salvas.

Otro deber del militar debe ser el de promover el prestigio de las Fuerzas Armadas y el de su unidad, en particular, así como el suyo propio como miembro de ellas. Habitualmente, sin embargo, los españoles ignoran absolutamente la preciosa labor realizada por los militares y los Ejércitos permanecen como los grandes desconocidos de la sociedad española.

El Capítulo II se dedica a las “Normas de actuación del militar”.

En primer lugar, detalla cuáles serán las funciones del militar: serán operativas, técnicas, logísticas, administrativas, de apoyo al mando y docentes.

Dedica unas líneas a la formación, afirmando que el militar debe mantener una sólida formación moral, intelectual, humanística y técnica, así como un alto nivel de competencia profesional.

El artículo veintisiete contempla la importancia de la acción conjunta, es decir, la de los ejércitos entre sí. No la del Ejército español con otros ejércitos extranjeros (en cuyo caso estaríamos ante la acción combinada) sino la del Ejército de Tierra con la Armada y con el Ejército del Aire.

Exige el seguimiento del conducto reglamentario en la relación de los subordinados con sus superiores y viceversa, es decir: cualquier comentario sobre asuntos del servicio se debe hacer a quien tienes inmediatamente por encima y no a cualquier mando. Inversamente, cualquier orden se ha de impartir por medio del subordinado más directo y no saltándose la jerarquía existente. Por ejemplo, un soldado que desee solicitar un permiso debe plantárselo a su cabo o cabo primero; éste último se lo trasladará al sargento y éste al jefe de sección. Y a la inversa: un teniente dará sus órdenes a través de los suboficiales y no directamente a la tropa, normalmente.

Las Reales Ordenanzas, por otra parte, permiten al militar formular sugerencias a sus mandos antes de adoptar una decisión pero una vez adoptada, debe asumirla, hacerla suya y ejecutarla en los términos en los que se le ordene.

Asimismo, el militar debe procurar una relación cortés con las autoridades civiles y con la población civil, aunque a veces y de forma surrealista les lleve a tener que concurrir con políticos que precisamente tienen como objetivo la alteración del orden constitucional, como ocurrió recientemente en la toma de posesión del actual presidente de la Generalidad de Cataluña, a la cual asistieron altos mandos militares en cumplimiento de sus labores de representación institucional.

Cuando se integre en ejércitos extranjeros se regirá, igualmente, por lo dispuesto en estas Reales Ordenanzas, sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados válidamente celebrados por España. Observará en su trato con militares extranjeros las mismas reglas que en las Fuerzas Armadas españolas.

El militar deberá guardar discreción sobre los asuntos relativos al servicio, observando lo prescrito por la legislación en materia de información clasificada, protección de datos de carácter personal, etc

Las Reales Ordenanzas se refieren, asimismo, al modo en que el militar debe informar de los asuntos de servicio (objetiva, clara y concisamente), a su obligación de no influir en la resolución de trámites o procedimientos, mucho menos cuando menoscaben a terceros, a la necesidad de obrar con justicia, reflexión y equidad en la elaboración de informes personales, al modo en que debe

transmitir novedades o irregularidades, quejas y reclamaciones (de buen modo y por el conducto reglamentario), a la aplicación de las normas sobre conciliación de la vida profesional, personal y familiar, al cuidado de la salud y a la consideración de la educación física y del deporte como elementos fundamentales para el mantenimiento de las condiciones físicas, al cumplimiento de las normas de seguridad en el manejo y uso de armas y a la debida conservación del material.

Se reconoce la figura del militar retirado y se prescribe la obligación de todo militar de guardarle las debidas muestras de compañerismo y cortesía. No obstante, la realidad económica de estos militares retirados dista mucho de ser correspondiente con la atención que se supone deberían recibir por parte del Estado.

El Título II, “De la disciplina”, se compone de ocho artículos.

La disciplina, según las Reales Ordenanzas, obliga a todos por igual y es lo que permite mantener el orden y la subordinación en las Fuerzas Armadas. Es definida como virtud fundamental. La disciplina se materializa en el cumplimiento de las órdenes recibidas de un superior, siempre que se den de forma adecuada y dentro de sus atribuciones.

El militar también debe cumplir las órdenes e instrucciones recibidas de autoridades y superiores civiles que estén sobre él en una organización en la que esté integrado. Es el caso, por ejemplo, de los agregados militares a embajadas en el extranjero.

Los artículos cuarenta y siete y cuarenta y ocho prevén tanto el cumplimiento de las órdenes con responsabilidad y con fidelidad a los propósitos del mando, como la necesaria iniciativa que todo militar debe tener, como los límites a tal obediencia, en caso de actos contrarios a la Constitución, a las personas o bienes protegidos.

Las objeciones se deben formular ante quien hubiera dado la orden pero sin perjudicar el cumplimiento de la misión. En este caso, el militar debe reservarse su objeción hasta el cumplimiento total de la misma.

Las Reales Ordenanzas contemplan el deber de atender las instrucciones dadas por cualquier militar que se encuentre de servicio (en guardia de seguridad, por ejemplo) aunque sea de empleo inferior. Esto se ejemplifica de la siguiente manera: si un general deseara pasar un control de seguridad sin atender a las indicaciones del soldado que está a cargo de la barrera estaría cometiendo

una infracción disciplinaria e incluso penal pues dicho soldado, en el desempeño de su cometido, está a las órdenes del comandante de la guardia y cualquier mando militar que pase por el control debe detenerse, independientemente de su empleo.

La forma de corregir las infracciones también está regulada en las Reales Ordenanzas: no se deberá corregir a nadie en presencia de un superior cuando corresponda a éste el hacerlo ni tampoco se debe corregir a un subordinado en presencia de otros de inferior empleo, como regla general.

El militar deberá cuidar los signos externos de disciplina, cortesía militar y policía (con este término nos referimos a hechos como ir bien afeitado, con las botas limpias, etc). En aras de su cumplimiento, se han aprobado numerosas Instrucciones particulares (así son llamadas) que explican cómo debe cortar su pelo el militar, qué uniformidad debe llevar en cada uno de los diferentes actos militares a los que acudiere, etc

El Título III, “De la acción de mando”, se inicia en el artículo cincuenta y tres y termina en el ochenta y dos, comprende cuatro capítulos y veintinueve artículos.

El Capítulo I está dedicado al “Ejercicio del mando”.

En dicho Capítulo I se contemplan deberes como corregir siempre las faltas de subordinación, infundir amor al servicio, la firmeza en el mando y la graciabilidad en la medida de sus posibilidades, es decir, la capacidad para conceder gracias a sus subordinados en lo que le sea posible.

Otra de las cosas que hace es caracterizar el liderazgo militar con las notas de ejemplaridad, preparación y capacidad de decisión.

Por otra parte, el militar, en el ejercicio del mando, debe ser responsable; responsabilidad que no puede ser renunciada ni compartida. Y en éste, además, deberá inculcar una disciplina basada en la convicción y no en la imposición.

El artículo cincuenta y seis recuerda la eventual responsabilidad del mando militar en caso de violación del Derecho Penal Internacional.

Los artículos siguientes enuncian una serie de deberes del mando militar que se deben tener en cuenta, sobre todo, en operaciones: el aprecio a la vida de sus subordinados, el deber de procurar la unidad de acción y la máxima eficacia, el deber de tomar decisiones, etc.

Al ejercicio de la autoridad se dedica el artículo sesenta y uno, que exige hacerlo con justicia, equidad y firmeza así como con capacidad para ser flexible a la hora de variar las decisiones si se demuestran erróneas.

Antes de tomar decisiones, el mando militar debe analizar y valorar la situación y una vez adoptadas debe controlar su ejecución así como mantener un papel activo en situaciones que requieran su presencia.

El mando militar debe razonar en lo posible sus órdenes para lograr de sus subordinados la lealtad y la confianza. Hecho éste que, si bien, no se produce frecuentemente respecto a los soldados, sí es habitual entre oficial y suboficial, debido a la estrecha relación existente entre ambos y al necesario conocimiento que debe tener el suboficial de todos los aspectos de aquello que se le ordena.

El artículo sesenta y cuatro, al igual que mencionamos antes al hablar del conducto reglamentario, exige que se den las órdenes a través del inmediato subordinado y en el caso de que se vea obligado a dirigirse directamente a quien deba ejecutarlas (como el soldado, por ejemplo) informará a sus superiores (el cabo, cabo primero o sargento).

Se dedican unas líneas también a mencionar los principios de economía y eficiencia a la hora de administrar recursos.

El Capítulo II se dedica a la “Relación con los subordinados”

El mando militar debe procurar que sus subordinados conozcan la organización, funcionamiento de su unidad, cometidos, etc Además se deben respetar las atribuciones de éstos; prestar atención a sus aptitudes; mantener con éstos una relación estrecha que permita conocer sus aspiraciones, aptitudes, etc; motivarles; dar curso a sus peticiones, reclamaciones, recursos o quejas; fomentar la convivencia entre ellos y el espíritu de equipo; informarles cuando sea posible de las actividades, operaciones y ejercicios en curso; reconocerles sus méritos; velar por su seguridad en el ámbito laboral; y fomentar entre ellos actividades culturales, deportivas y recreativas.

El Capítulo III se trata “Del Mando de unidad”.

Éste, como es lógico, tendrá la máxima responsabilidad en la preparación, en el funcionamiento de la unidad, en el cumplimiento de las órdenes recibidas, etc Y tendrá el fundamental co-

metido de asegurarse de que la disciplina, la moral, la motivación, la seguridad, etc son las adecuadas.

El mando que dirija una unidad, organización, buque o aeronave será denominado comandante y debe reunir una serie de condiciones como su competencia, liderazgo y profesionalidad.

El Capítulo IV, finalmente se denomina “Del apoyo al mando”.

En este sentido, el militar que actúe en apoyo al mando debe colaborar con él en el cumplimiento de la misión y subraya como cualidades de éste las de lealtad, competencia, capacidad de trabajo y discreción. Además debe informar al mando, proporcionándole los elementos de juicio necesarios. Y por último, como ya hemos dicho en otras ocasiones, debe ser fiel al mando en la materialización de sus decisiones.

El Título IV, “De las operaciones”, se distribuye en seis capítulos.

El Capítulo I se dedica a “Conceptos generales”.

En primer lugar, el militar debe reunir una serie de virtudes como el valor, la abnegación y el espíritu de sacrificio en el combate.

Por otra parte, el militar puede hacer un uso gradual y proporcionado de la fuerza en el curso de una operación y de acuerdo con las reglas de enfrentamiento (también llamadas R.O.E o “Rules of engagement”, según la terminología anglosajona popularizada en las diferentes misiones internacionales de la ONU o de la OTAN habidas en las últimas décadas)

Se introduce en el artículo ochenta y cinco un principio formalmente novedoso: el principio de humanidad o de respeto a los derechos humanos de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario.

Y añaden las Reales Ordenanzas que las reglas contenidas en este título deberán ser las que se sigan en el curso de operaciones.

El Capítulo II, se denomina “De las operaciones de combate”

Se inicia con un artículo, el ochenta y ocho que subraya los valores de la entrega, el sacrificio y la energía, como valores que debe tener presente el combatiente para lograr el objetivo perseguido.

El artículo siguiente establece como cualidades que aquél debe reunir la moral de victoria, el valor, la acometividad, la serenidad y el espíritu de lucha.

Se reproduce literalmente uno de los preceptos de más tradición en los ejércitos: “el que tuviere orden de conservar su puesto, a todo trance lo hará” y se hace hincapié en la subordinación de la acción concreta a la finalidad general así como en la necesidad de conservar la moral de victoria.

El Capítulo III, tiene como rúbrica “De las operaciones de paz y ayuda humanitaria”

Trata de dar una serie de pautas a seguir en el caso de que el militar se encuentre en el curso de una de estas operaciones.

Recuerdan las Reales Ordenanzas que cuando el militar actúe en el seno de Organizaciones Internacionales en misiones de este carácter lo hará como instrumento de la Nación española. Es fundamental, por tanto, respetar las leyes y usos de la guerra pues todo acto ilegal repercutirá en la imagen de nuestro país.

El militar debe ser conocedor de las reglas de enfrentamiento para enfrentar cada una de las situaciones que se le planteen. En este sentido, cada vez que se emprende una operación de mantenimiento de la paz, el contingente es instruido en las reglas de enfrentamiento vigentes.

El militar debe ser capaz de adaptarse a situaciones complejas e imprevisibles y para ello se le alienta desde las Reales Ordenanzas a hacer uso de su mayor capacidad de análisis y de iniciativa.

Debe además, poner todo su interés en instruirse sobre la cultura y costumbres propias de la zona de despliegue. También éste es un aspecto sobradamente cubierto por los llamados Cuadernos de Campo que se reparten entre la tropa al inicio de una misión de paz y en los que se detallan extremos relativos a la cultura, etnias, religiones, lenguas presentes en tal escenario.

El militar destacado en operaciones, asimismo, deberá colaborar con las organizaciones civiles presentes en dicho escenario. Está pensando el legislador en organizaciones como Cruz Roja, Médicos sin Fronteras, Amnistía Internacional, etc

El Capítulo IV, trata “De las operaciones de seguridad y bienestar de los ciudadanos”.

Es especialmente novedoso y apropiado en un momento en el que, sobre todo, tras la creación de la Unidad Militar de Emergencias, es habitual ver a las Fuerzas Armadas apagando incendios, auxiliando a la población en caso de inundaciones, retirando nieve de las carreteras, etc. Está dedicado, por tanto, a operaciones en las que las catástrofes públicas, las calamidades, las crisis sanitarias se producen.

Las Reales Ordenanzas exigen al militar en estos casos el mayor empeño en preservar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos, la rapidez en la reacción, la máxima competencia y sacrificio.

Asimismo, las unidades militares deberán coordinarse perfectamente con las autoridades civiles y otros colectivos. Piénsese, por ejemplo, en lo ocurrido a propósito de la llamada “Crisis de los controladores aéreos” en el año dos mil diez.

Por fin, el artículo ciento tres contempla un tipo de misión que fue llevada a cabo, por ejemplo, con motivo de los atentados del 11M: la colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y en la garantía de la seguridad ciudadana.

El Capítulo V, lleva por título “De las operaciones de evacuación y rescate”.

Es otra de las misiones que aunque preexistente, fue legalmente prevista por primera vez en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional 5/2005 de 17 de noviembre. En estas misiones, dice el artículo ciento cuatro, actuará con la mayor diligencia, tanto si se trata de evacuar a españoles como a ciudadanos de otros países.

El rescate de personal militar en territorio hostil contribuirá, según las Reales Ordenanzas, a elevar la moral y a proporcionar confianza y seguridad.

El Capítulo VI se denomina “De la ética en operaciones”

Reitera principios que ya se encuentran enunciados en otros artículos, en la Ley de la Defensa Nacional y en la Ley de la Carrera Militar.

El militar, en primer lugar, debe conocer y difundir, así como aplicar los Tratados Internacionales suscritos por España en materia de Derecho Internacional Humanitario.

Los siguientes artículos se orientan a concretar y desarrollar este deber en relación a los prisioneros, heridos, enfermos, náufragos y población civil. En este sentido, el artículo ciento siete consagra su deber de tratar con humanidad a éstos. El militar, igualmente y en la medida de que lo permita su misión y la seguridad de su unidad deberá hacer lo posible para buscar y asistir a enfermos, náufragos, heridos y evitar el despojo de los muertos.

Clásico es el precepto dedicado a regular la conducta del militar en caso de caer prisionero pues se recoge la tradicional obligación de mantener las relaciones de subordinación y la disciplina, la obligación de mantenerse como un militar ante el enemigo, la de hacer todo lo posible para evadirse y la de sólo facilitar el nombre y apellidos, el empleo, la filiación y la fecha de nacimiento.

El artículo ciento once introduce el formalmente novedoso principio de distinción entre combatientes y civiles, y entre bienes civiles y objetivos militares que, sin embargo, ya estaba vigente indirectamente pues se desprende de todos los tratados suscritos por España en materia de Derecho Internacional Humanitario hasta la fecha.

Se hace hincapié en el artículo ciento doce en la necesidad de proteger al personal especialmente vulnerable como mujeres, niños, ancianos, etc y se prohíbe atacar bienes culturales o de culto reconocidos por Tratados, evitando, asimismo, utilizarlos como instalaciones militares.

El artículo ciento catorce, por último, ha dado acogida a la posibilidad de renunciar a determinado tipo de armas por su carácter de especialmente nocivas para el medio ambiente o para la población.

El Título V se titula “De las demás funciones del militar” y se distribuye en dos capítulos: el Capítulo I y el II; y se compone de catorce artículos, desde el ciento quince al ciento veintinueve.

El Capítulo I se denomina “De las funciones técnicas, logísticas y administrativas”.

Se trata, en este caso, de recordar que tales funciones son primordiales para asegurar la operatividad de las Fuerzas Armadas, es decir, para asegurar que los vehículos, armas, sistemas informáticos, instalaciones, etc funcionan adecuadamente.

Señala como cualidades que el militar debe reunir en el ejercicio de tales funciones las de orden, método, claridad de juicio, diligencia, capacidad de organización y unidad de criterio.

Aunque es obvio, el artículo ciento diecinueve se dedica a recordar que, a pesar de una aparente insignificancia, el trabajo técnico es fundamental para evitar daños en los sistemas de armas o en las personas.

El militar que desempeñe un trabajo técnico debe llevarlo a cabo con entrega, conocimientos y profesionalidad, así como con capacidad de adaptación a la evolución de las técnicas.

El artículo ciento diecinueve está dedicado a las funciones administrativas. De ellas se dice que deben ser desempeñadas con objetividad y con miras al interés común.

El militar que desempeñe funciones administrativas, técnicas o logísticas debe tener como referente los principios de economía, eficacia y eficiencia así como el interés general de la unidad.

Asimismo, respetará las áreas de responsabilidad de los subordinados para no perjudicar el objetivo marcado.

Por último, en este capítulo se reitera la obligación del militar que actúe en el ejercicio de estas funciones de administrar los recursos con austeridad, objetividad y transparencia. Obvio es decir que no utilizará los recursos del Ejército en provecho propio.

El Capítulo II, “De la función docente”, dedica las últimas líneas de las Reales Ordenanzas a formular los principios por los que se debe regir la enseñanza militar.

De ello lo más destacable es subrayar cuáles son las cualidades que debe reunir el docente: prestigio, ejemplaridad, profundos conocimientos, rigor intelectual, método, constante trabajo, competencia profesional y aptitud pedagógica.

El mando militar, en el ejercicio de funciones docentes deberá fomentar en los alumnos el espíritu crítico y creativo, así como inquietud por el auto-perfeccionamiento y debe tener como objetivo el de que sus alumnos alcancen una personalidad madura.

Debe empeñarse en que sus alumnos alcancen la formación y la capacitación profesional necesarias.

Por su parte, el alumno también debe aprovechar al máximo todos los recursos que se pongan a su disposición.

Por último, el artículo ciento veintinueve consagra el deber del docente de infundir los valores constitucionales en sus alumnos, así como los principios éticos y reglas de comportamiento del militar ya comentados y que contienen estas Reales Ordenanzas. Como novedad, se incluye también el deber del docente de transmitir al alumno la pluralidad cultural de España, inciso que se nos antoja, cuando menos sorprendente en una institución, como la militar, que en lo que debe poner el énfasis es en la disciplina, la unidad y la jerarquía como garantía de su eficacia y no en adoctrinar en un sentido ni en otro acerca de cómo deba ser la estructura cultural de España.

5 LAS COMPETENCIAS SOBRE DEFENSA NACIONAL DE LAS DISTINTAS INSTITUCIONES DEL ESTADO

A pesar de que ya hemos dedicado un epígrafe a estudiar someramente la Ley 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, abordamos aquí la distribución de competencias sobre la misma que hace la ley por encontrarlo esclarecedor de cara a aprehender en manos de quién está la capacidad de decisión sobre nuestras Fuerzas Armadas, en cada caso.

En primer lugar, señalemos cuál es la finalidad a la que sirve o debe servir la política de defensa según la Ley 5/2005. Dice esta ley que dicha finalidad es la “protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España”.

Pues bien, definida su finalidad, procede a distribuir las competencias:

5.1 LA CORONA

Corresponde al Rey el mando supremo así como otras funciones atribuidas por la Constitución y el ordenamiento jurídico español. En efecto, el mando supremo de las Fuerzas Armadas, como afirmó el propio Rey Juan Carlos, en su discurso ante las Cortes en el día 22 de noviembre de 1975 (“Como primer soldado de la nación, me dedicaré con ahínco a que las Fuerzas Armadas de España, ejemplo de patriotismo y disciplina, tengan la eficacia y la potencia que requiere nuestro

pueblo...”¹⁰⁵), es la función constitucional, por excelencia, de la Corona de España y la que ha sido subrayada en ésta y en otras muchas normas a lo largo de nuestra democracia.

Esta función, a nuestro juicio, sitúa al jefe del Estado, como decía Vergottini, como un “órgano super partes”¹⁰⁶, con el mismo objetivo de los primeros sistemas parlamentarios: afirmar la supremacía del poder civil sobre la organización militar. Pero además, como acertadamente señala Herrero de Miñón, en el supuesto, no descabellado de que una amenaza interior o exterior a la independencia estatal y al ordenamiento constitucional hiciese desaparecer a las Cortes, a su Diputación Permanente o al propio Gobierno, como ocurrió durante el Golpe de Estado de 1981, sería el Rey “el obligado a suplir el funcionamiento ininterrumpido de las instituciones y como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas (art.62.h CE) actuar al mando de las mismas, para su restablecimiento”¹⁰⁷.

5.2 LAS CORTES

A las Cortes Generales les corresponde:

- Otorgar la autorización previa para prestar el consentimiento del Estado a obligarse por medio de tratados y convenios internacionales, así como las restantes autorizaciones previstas en el artículo 94.1.b) de la Constitución.
- Aprobar las leyes en materia de defensa y los créditos presupuestarios necesarios. Competencia ésta última que es una conquista del parlamento frente al rey(las llamadas “appropriation clause to military expenditure”¹⁰⁸ en el Common Law).
- Debatir las líneas generales de la política de defensa. A estos efectos, el Gobierno debe presentar a las Cámaras los planes de reclutamiento y modernización y demás medidas.
- Controlar la acción del Gobierno en materia de defensa nacional.
- Acordar la autorización a que se refiere el artículo 63.3 de la Constitución. Y en concreto, (a partir de la entrada en vigor de esta ley y como seña de distinción del primer Gobierno Zapatero, que venía de oponerse a la Guerra de Irak en la legislatura anterior), al Congreso de los Diputados le correspondería autorizar con carácter previo, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional.

¹⁰⁵ BORBÓN Y BORBÓN, J.C., *Discurso de proclamación como Rey*, Madrid, 1975

¹⁰⁶ VERGOTTINI, G., La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1982, pág.31

¹⁰⁷ HERRERO DE MIÑÓN, M., *El valor de la Constitución*, Barcelona, Crítica, 2003, pág.167

¹⁰⁸ VERGOTTINI, G., La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1982, pág. 11

Este último extremo ha sido empleado numerosas veces a lo largo de los últimos siete años para autorizar el despliegue de los militares españoles en Somalia (la operación “ATALANTA”), Afganistán, etc

5.3 EL GOBIERNO

Corresponde al Gobierno la determinación de la política de defensa y asegurar que se ejecuta, así como la dirección de la Administración militar y acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera de nuestras fronteras. Al respecto, afirma el profesor López Ramón que “la evolución relativa a la organización de la defensa nacional tiende a concentrar mayores poderes en el ejecutivo”¹⁰⁹.

5.4 EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO

De éste se ha dicho que ha concentrado junto con el Ministro de Defensa, “la dirección de la defensa y el mando de las Fuerzas Armadas”¹¹⁰.

Corresponde al Presidente del Gobierno, como adelantamos en otro epígrafe, la dirección de la política de defensa y determinar cuáles son sus objetivos, gestionar las situaciones de crisis que puedan afectar a la defensa (como la crisis del islote Perejil, por ejemplo) y dirigir las operaciones militares.

A continuación, afirma la ley que el Presidente del Gobierno ejerce su autoridad para “ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas” así como para disponer cuándo deben ser empleadas. Asimismo, le asigna específicamente una serie de competencias en materia de política de defensa:

- Formular la Directiva de Defensa Nacional, documento en el que se definen las líneas generales en política de defensa y las directrices para desarrollarla.
- Definir y aprobar los grandes objetivos estratégicos, y formular las directivas para las negociaciones exteriores que afecten a la política de defensa.
- Determinar cómo se van a aplicar esos objetivos y las líneas básicas de actuación de las Fuerzas Armadas, tanto en el ámbito nacional como en operaciones internacionales.

¹⁰⁹ LÓPEZ RAMÓN, F., La evolución democrática de la Defensa Nacional, Madrid, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 87, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, 2006, pág. 39

¹¹⁰ DOMÍNGUEZ BERRUETA, M. y OTROS, La organización administrativa de la defensa (la reforma de la organización central de la defensa en España), en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, 1988, pág. 2907

- Ordenar las misiones de las Fuerzas Armadas.
- Ejercer las demás funciones que le atribuyen las disposiciones legales y reglamentarias.

5.5 EL MINISTRO DE DEFENSA

Corresponde al Ministro de Defensa, además de las competencias asignadas por otras leyes que regulan las competencias del Gobierno y de la Administración, desarrollar y ejecutar la política de defensa.

Asimismo y de forma específica le corresponde:

- La asistencia al Presidente del Gobierno en la dirección estratégica de las operaciones militares.
- La dirección de las Fuerzas Armadas bajo la autoridad del Presidente del Gobierno.
- La determinación y ejecución de la política militar.
- La dirección, como miembro del Gobierno, de la Administración militar y el desarrollo de las disposiciones que adopte el Consejo de Ministros.
- Ejercer las demás funciones que le atribuyen las disposiciones legales y reglamentarias.

5.6 EL CONSEJO DE DEFENSA NACIONAL

Como adelantamos anteriormente, se crea en esta ley un nuevo órgano: el Consejo de Defensa Nacional, como órgano colegiado, coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de defensa.

Éste órgano, a iniciativa del Presidente del Gobierno, puede funcionar en pleno y como consejo ejecutivo.

Se establece la posibilidad de que el Rey asista a las reuniones del Consejo. En esos casos, el Consejo actuará en pleno e informará al Rey de los asuntos a tratar, a propuesta del Presidente del Gobierno.

El Consejo asistirá al Presidente del Gobierno en la dirección de conflictos armados y en la gestión de aquellas situaciones de crisis mencionadas antes y que afectan a la Defensa Nacional.

También el Consejo debe informar previamente sobre las grandes directrices de la política de defensa y hacer propuestas relacionadas con la defensa nacional.

A continuación, la ley establece cuál debe ser la composición del Consejo de Defensa Nacional en pleno:

- El Presidente del Gobierno, que lo presidirá.
- Los Vicepresidentes del Gobierno.
- Los Ministros de Defensa, del Interior, de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de Economía y Hacienda.
- El Jefe de Estado Mayor de la Defensa.
- Los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.
- El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia.
- El Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.

Por el contrario cuando actúe como Consejo Ejecutivo se compone de:

- El Presidente del Gobierno, que lo presidirá.
- Los Ministros de Defensa, del Interior y de Asuntos Exteriores y de Cooperación.
- El Jefe de Estado Mayor de la Defensa.
- El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia.
- El Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.

No obstante, también podrán ser convocados en cualquier momento el resto de ministros si la naturaleza del caso lo requiere.

También podrán ser convocadas al Consejo de Defensa Nacional otras autoridades o cargos de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Gobiernos locales o cualquier otra persona cuya presencia sea necesaria.

Se crea, asimismo, una Comisión Interministerial de Defensa para facilitar el trabajo del Consejo.

5.7 ESTADO MAYOR DE LA DEFENSA

El Estado Mayor de la Defensa constituye el órgano auxiliar de mando y apoyo al Jefe de Estado Mayor de la Defensa.

El Jefe de Estado Mayor de la Defensa, ejerce el mando del Estado Mayor de la Defensa y en su organización cuenta con un Cuartel General y un Mando de Operaciones subordinado.

Se establece además, un orden de prelación para el caso de ausencia: Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada o del Ejército del Aire de más antigüedad.

Sus competencias son:

- Asesorar militarmente al Presidente del Gobierno y al Ministro de Defensa.
- El mando de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas y la conducción estratégica de las operaciones militares, bajo la dependencia del Ministro de Defensa.
- Asegurarse de que las Fuerzas Armadas son eficaces operativamente. A tal fin, podrá supervisar la preparación de las unidades de la fuerza y evaluar su disponibilidad operativa (las conocidas revistas).
- Proponer al Ministro de Defensa las capacidades militares que considere adecuadas para ejecutar la política militar.
- Elaborar y definir la estrategia militar.

- Establecer las normas de acción conjunta de las Fuerzas Armadas (es decir, normas que regulen las operaciones en las que participen efectivos de Tierra, de la Armada y Aire) y contribuir a la definición de las normas de acción combinada de fuerzas multinacionales.
- Además se le asigna la posibilidad de representar militarmente a España ante Organizaciones Internacionales, por delegación del Ministro de Defensa.

6. EL DEVENIR DE LA CARRERA MILITAR

Ya hemos mencionado anteriormente que en el Siglo XVIII se produce un fenómeno de racionalización, uniformización y unificación normativa que afecta también a la profesión militar. Además en este siglo se produce la consolidación de la institución militar como una institución permanente, como ejército permanente y con ello, de la profesión militar misma. En este proceso de consolidación, fueron factores decisivos las reformas impulsadas por el Conde de Aranda y sobre todo las Ordenanzas: primero las (ya mencionadas anteriormente) de Felipe V, llamadas “*Ordenanzas de Su Magestad para el Regimen, Disciplina, subordinación y servicio de la Infantería, Cavallería y Dragones de sus Exercitos en Guarnicion, y en Campaña*”¹¹¹, en 1728 y después las de Carlos III en 1768, en cuya adopción también desempeñó un papel decisivo el Conde de Aranda, como presidente del Consejo de Castilla. Y es que “sólo cuando se dictan unas Ordenanzas para su organización hay seguridad de que existe un ejército permanente en tanto en cuanto es sólo entonces cuando la misión de los Institutos armados se ha convertido en función normal de la actividad estatal¹¹²”.

Por otra parte, debido a la caída en desgracia del voluntariado y al clima revolucionario existente en Europa en ese momento se fue hacia un modelo mixto de ejército: oficiales de carrera y soldados de quinta (el sorteo de quintas también fue implantado por el Rey Carlos III y consistía en que de cada cinco mozos útiles, se elegía uno¹¹³). Este modelo continuó hasta fechas recientes en la mayoría de los países europeos.

El Ejército español decimonónico sigue presentando elementos de continuidad con el Antiguo Régimen: su vinculación al monarca, la vigencia hasta 1884 de las Ordenanzas de Carlos III y el mantenimiento del fuero militar. De éste, dice García Martín, que seguía siendo un Ejército real,

¹¹¹ MARCHENA FERNÁNDEZ, J., Flandes en la institución militar de España en Indias, en *Revista de Historia Militar*, nº 58 (1985), Madrid, Servicio Histórico Militar, pág. 61 y ss.

¹¹² GARCÍA MARTÍN, J., De un Ejército Real a otro Nacional, en *Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España (SXII-XX). Ponencias presentadas en el Curso de Verano organizado por el Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la UNED*, Madrid, Polifemo, 1996 pag. 213

¹¹³ BORREGUERO BELTRÁN, C., Carlos III y el reemplazo anual del Ejército, en *Actas del Congreso Internacional Carlos III y la Ilustración, Vol.I*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1989, pág. 487-494

por oposición al concepto de Ejército nacional: “a pesar de los intentos liberales por someterlo a la legalidad del Parlamento buscará la legitimación para actuar, en elementos extraños al sistema constitucional: primero en el Rey, y más tarde en la unidad de la nación representada en la Patria”¹¹⁴.

Con respecto al acceso al Ejército, Christiansen ha explicado que, desde antes de la Guerra de la Independencia, “sólo el cuerpo de Guardias, la artillería y ciertos regimientos de caballería podían excluir a los no nobles”, de modo que no existe la ruptura que algunos pretenden ver entre el Ejército del Siglo XVIII y XIX.

En el Siglo XIX, no obstante, se produce una dualidad que se mantendría hasta 1869: ejército permanente y milicias. El primero, como institución concebida para repeler agresiones externas; las segundas, constituidas por ciudadanos normales, que recibían una instrucción básica y toman circunstancialmente las armas para neutralizar agresiones internas que impidieran el normal funcionamiento de las instituciones.

La profesión militar, ahora llamada con cada vez más asiduidad, carrera militar, continuará siendo regulada minuciosamente por ley ordinaria o vía reglamentaria. El Ejército comienza a ser, cada vez más un ejército corporativo.

Ya en el Siglo XX, quizás merece la pena poner la vista en la situación de los Ejércitos en las primeras décadas, en concreto durante la dictadura de Primo de Rivera, pues, supuestamente su gobierno estaba llamado a regenerar todos los ámbitos de la vida política, social, económica, con todas las expectativas que ello alimentaba. En esos años, afirman los profesores Martínez Segarra y Núñez Martínez, “la oficialidad manifestaba un profundo descontento con la situación, debido fundamentalmente a que el ejército se había revelado como una máquina ineficaz y desorganizada en las campañas de Marruecos y a que estaba marcado por un profundo carácter clasista que sumía a los niveles medios y bajos en el abandono”¹¹⁵.

La inercia que arrastraban las tradiciones y normas militares, sin embargo, hacían que la institución militar, al finalizar el primer cuarto del siglo, apareciese como un órgano mastodóntico y cada día más burocrático, en el que nadie se planteaba cambiar nada.

¹¹⁴ GARCÍA MARTÍN, J., De un Ejército Real a otro Nacional, en *Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España (SXII-XX). Ponencias presentadas en el Curso de Verano organizado por el Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la UNED*, Madrid, Polifemo, 1996 pag. 214

¹¹⁵ Martínez Segarra, Rosa y Núñez Martínez Cayetano, La participación de las élites económicas en los primeros intentos de institucionalización del régimen de Primo de Rivera: Somatén y Unión Patriótica, *Revista de Derecho Político*, nº 15, Madrid, 1982

A mediados del Siglo XX, en materia de centros de formación, podemos decir que el ciento por ciento de los mandos habían estudiado en academias militares como internos: la mayoría en la Academia General Militar de Zaragoza, reabierta en 1940¹¹⁶; otra parte en la Academias de Transformación de la posguerra, que luego se transformarían en Academias Especiales del Arma correspondiente¹¹⁷; y en la Academia Auxiliar Militar de Villaverde, creada en 1943 y rebautizada en 1956 con tal nombre¹¹⁸, oficiales integrantes de la Escala Auxiliar¹¹⁹, a extinguir. A ello, habría que añadir la escala de complemento compuesta por licenciados universitarios que se incorporaban por medio de las Milicias Universitarias, con posibilidad de reengancharse.

El régimen de ascensos se regía exclusivamente por el criterio de antigüedad hasta coronel. Para ascender a general, se seguía el procedimiento de elección aunque el escalafón era de suma importancia para avalar tal ascenso.

En cuanto a la provisión de destinos, la mayoría se concedían por antigüedad, los de profesor de Academias por concurso y un reducido número por libre designación. La mayoría de los destinos de tenientes y capitanes eran asignados por antigüedad y la mayoría de los destinos para oficiales superiores, por libre designación.

Tal “status quo” generaba una gran estabilidad, predeterminación y previsibilidad pero al mismo tiempo, desmotivación por falta de alicientes y junto a ello la ya referida precariedad socio-laboral: nepotismo, abusos, sueldos míseros, pensiones de retiro ínfimas, carencia absoluta de planes de acción social, etc. “La situación profesional era...dramática con todos los males de la historia militar española reproducidos y multiplicados”¹²⁰, afirma el profesor Cardona. En este sentido es especialmente hilarante reproducir un fragmento de artículo publicado en la revista Reconquista en 1955 por un anónimo: “ Ser militar en España no es lógico. El electricista del regimiento de artillería cobra treinta duros al mes. Y el diploma de Estado Mayor, costoso espaldarazo de la responsabilidad militar produce algo parecido”¹²¹.

El 29 de octubre de 1969, el Teniente General Castañón de Mena fue nombrado ministro del Ejército, e impulsó numerosas reformas, algunas de las cuales hacen referencia a la materia que tratamos ahora:

¹¹⁶ Ley de 27 de septiembre de 1940

¹¹⁷ Orden Ministerial de 28 de julio de 1944 (Diario Oficial del Ejército nº 169)

¹¹⁸ Decreto de 10 de febrero de 1956

¹¹⁹ Creada por Ley de 25 de Noviembre de 1955 (Diario Oficial del Ejército nº 268) y Ley de 22 de diciembre de 1955

¹²⁰ CARDONA, G., *El problema militar en España*, Madrid, Historia 16, 1990, pág. 182

¹²¹ M.U., “Un mensaje desde lejos”, *Reconquista*, nº 67, julio de 1955

- Se modifican los sistemas de selección y formación de los cuadros de mando y, en concreto de los oficiales de complemento (se transformaron las Milicias Universitarias en la Instrucción Militar para la Escala de Complemento, abierta a colectivos no universitarios y más adecuada a las necesidades reales, con menos plazas de alférez y más de sargento, que además podían ascender hasta capitán y comandante)
- Se revisó el programa de ingreso en las academias.
- Se renovó el plan de estudios de la Academia General Militar¹²².
- Y se incorporó a los suboficiales a la enseñanza reglada.

Ya entre 1973 y 1974, merced al Decreto 528/73, de 9 de marzo ¹²³ y la Orden de 3 de mayo de 1.973¹²⁴, la enseñanza militar experimente una profunda transformación: se instauró un curso selectivo, de carácter eminentemente militar, que debería llevarse a cabo en una instalación tipo campamento en la que los alumnos vivieran sus primeras experiencias profesionales y permitieran a la Institución escoger a los mejor preparados y con mejores cualidades castrenses y que era compatible con el primer curso académico de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Zaragoza; adquiere la condición de enseñanza universitaria; se comenzó a impartir el plan de estudios en cinco cursos; se instauró una prueba de mínimos para el acceso (reconocimiento médico, test de aptitud psicotécnica, prueba de cultura general), seguida de un período de instrucción general donde se evaluaba la vocación, liderazgo, etc y se impartían asignaturas como tiro, topografía, transmisiones, etc.

Y en 1975, siendo Ministro del Ejército el Teniente General Coloma Gallegos, se culminó la reforma y se aprobaron los planes de estudios de la enseñanza militar de oficiales, que a partir de tal momento, se distribuiría en dos cursos en la Academia General Militar de Zaragoza y otros dos en las Academias de las Armas: Infantería, Artillería, Ingenieros y Caballería.

En 1979, sin embargo, se suprimió el curso selectivo, se retomaron las oposiciones de ingreso y el programa de estudios se volvió a modificar recuperando procedimientos pedagógicos anteriores.

Pero, como decíamos, la enseñanza militar para suboficiales también experimentó una profunda revisión en 1974. Hasta entonces, para llegar a sargento era necesario ingresar como soldado,

¹²² El reglamento de la Academia General Militar databa de 1883 (Real Orden 5 de marzo de 1883)

¹²³ BOE. nº 79 de 1973

¹²⁴ Diario Oficial del Ejército nº 101 de 1973

hacer posteriormente los cursos de cabo y cabo primero, solicitar el reenganche y finalmente asistir a un curso de capacitación en las Escuelas de Aplicación y Tiro. Y para adquirir cualquier empleo superior también eran necesarias las mismas y reiteradas fases, pruebas y cursos. De este modo, la edad media de los suboficiales era elevadísima.

En 1974, la Ley 13/74 de 30 de Marzo ¹²⁵ acometió la reforma en este sentido:

- En primer lugar, comenzó a exigirse estar en posesión del graduado escolar para acceder al grado de sargento.
- Se estableció una oposición de ingreso.
- Dos años de estudios, como internos, en la nueva Academia General Básica de Suboficiales, en Tremp (Lérida), creada oficialmente por Orden Ministerial de 31 de mayo de 1974 pero que se levantó sobre el Campamento Martín Alonso.
- Posteriormente, para ascender a otros empleos, se atendería al criterio de la antigüedad, con la posibilidad de ascender hasta comandantes con un curso de aptitud previo.

En 1976 se transformaron tanto la Escuela de Formación Profesional de Carabanchel como la de Calatayud en Instituto Politécnico nº1 y nº 2 para la formación de los futuros cabos primeros especialistas y sargentos especialistas en electrónica, telecomunicaciones, informática, etc

Por otra parte, el Alto Estado Mayor, siendo Jefe del mismo el Teniente General Carlos Fernández Vallespín, promovió la reforma del sistema salarial y de previsión social. Como resultado de ello, la ley de retribuciones de la Función Pública llevó a cabo una aproximación los conceptos retributivos básicos del personal civil y militar, incrementándose el salario medio de los militares. Además, en 1975 se creó el ISFAS, Instituto Social de las Fuerzas Armadas, (primo hermano del extinguido Cuerpo de Inválidos, creado por Felipe V en 1717¹²⁶ y que pretendía continuar la línea de acción social protagonizada por la Orden de San Hermenegildo, la Sanidad Militar, los economatos, las farmacias, etc).

En 1977, el Teniente General Gutiérrez Mellado, una vez en la Vicepresidencia Primera del Gobierno para Asuntos de Defensa¹²⁷ y después también, como Ministro de Defensa fue el artífice de las numerosas reformas en materia de organización superior de la defensa, presupuestarias, de

¹²⁵ Diario Oficial del Ejército nº 78 de 1974

¹²⁶ "Real Ordenanza sobre la residencia, sueldos y disciplina de los Oficiales y Soldados inválidos o impedidos, incluso los de Reales Guardias", de 20 de diciembre de 1717

¹²⁷ Real decreto 2217/1976, de 22 de septiembre. Boletín Oficial del Estado nº 229.

personal, retribuciones, ascensos, asistencia social: "...cuando todavía no llevaba cien días en el gobierno, fue capaz de plasmar en una sencilla hoja de papel sus planes de reforma para someterlos a la aprobación de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Militares, que se reunía aquel día bajo la presidencia de Adolfo Suárez"¹²⁸.

Por lo que a nosotros nos interesa en este epígrafe diremos que propuso, en primer lugar, la equiparación de los sueldos militares a los de los funcionarios civiles (por medio de la creación del complemento de destino de responsabilidad, complemento de empleo), propuso aumentar notablemente las retribuciones básicas para los empleos inferiores y moderadamente para los superiores, gratificar la especial dedicación; llevó a cabo un plan de rejuvenecimiento de la oficialidad; y finalmente, logró nivelar el sistema de ascensos.

El Gobierno de Calvo Sotelo, por lo demás, no modificó, casi, la estructura de la carrera militar que permaneció inalterada hasta mediados de los años ochenta, prácticamente. No obstante, entre las aportaciones positivas que hizo su Gobierno a la modernización de las Fuerzas Armadas, cabe mencionar la fundamental Ley 44/1982 de 7 de julio de dotaciones presupuestarias para inversiones y sostenimiento de las Fuerzas Armadas contemplaba un gasto estimado de 2,3 billones de pesetas hasta el año 1990, y suponía la materialización del Objetivo de Fuerza Conjunta (OFC) formulado en 1980 ¹²⁹.

En 1983, ya con el Partido Socialista en el Gobierno, el ministro Narcís Serra, al que ya hemos hecho referencia consideró como prioridades, en esta materia a la que nos referimos ahora, la reducción de los cuadros de mando y la racionalización de escalas: en 1985 se creó una reserva transitoria a la que, a partir de ese momento, se acogieron voluntariamente un cupo anual de cuadros de mando, sin merma significativa en sus retribuciones; por otra parte, se unificaron progresivamente los Cuerpos de Sanidad, Jurídico y de Intervención; finalmente se aprobó la Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional de 1989, que fue la culminación, en materia de personal, de todas las reformas emprendidas por Serra (dejando al margen la reforma que se hizo en 1984 de la Ley 6/1980 de 1 de julio por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización militar). Los aspectos más trascendentales de esta ley fueron:

- La creación del Cuerpo General de las Armas, que integraba Artillería, Caballería, Ingenieros e Infantería.

¹²⁸ PUELL DE LA VILLA, F., *Gutiérrez Mellado: un militar del siglo XX*, Madrid: Biblioteca Nueva, 1997, pag.205

¹²⁹ BOD nº173, de 21 de julio de 1982

- Reformar el sistema de ascensos, primando la dedicación y el esfuerzo individuales sobre la antigüedad: sistemas de ascenso por antigüedad, selección y elección.
- La incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, que no obstante, ya se había producido, de hecho, el año anterior merced a la ley 1/1988 de 2 de febrero.

Regular en una sola norma todas las cuestiones que afectaban a la carrera militar: ingreso, ascensos, régimen salarial, etc ya era en sí mismo, un logro.

La ley además, originó un gran desarrollo (en forma de otras leyes y en forma de reglamentos) que culminó en 1994 con el establecimiento de plantillas ajustadas al programa FAS 2000, ligado al ya mencionado Plan NORTE, que diseñó un ejército mixto (profesionales y de reemplazo) y pequeño. Dicho programa, además, redujo el cuadro de mandos, aún más de lo que ya se había reducido en la década anterior.

En este sentido, el ministerio, a través de la ley, se propuso como objetivo multiplicar por dos los efectivos de tropa profesional en un período de cinco años e implantar una nueva reducción de mandos en un veinte por ciento.

En el año 1996, el nuevo Gobierno, presidido por José María Aznar, y como consecuencia de los resultados electorales y de los consiguientes pactos de legislatura con sus aliados nacionalistas, se comprometió a suprimir el servicio militar obligatorio de forma progresiva entre los años 1996 y 2003, para lo que fue necesario, a su vez, modificar de nuevo la regulación de la carrera militar, hecho de lo que se ocupó el nuevo Ministro de Defensa, Eduardo Serra.

Es verdad, no obstante, que, a lo largo de la década de los años noventa, coincidiendo con el proceso de aplicación y desarrollo de la Ley 17/1989, de 19 de julio, había cambiado el entorno estratégico (caída del Pacto de Varsovia, nuevas misiones fuera del territorio nacional, etc) de modo que se evidenciaba la necesidad de contar con unas Fuerzas Armadas preparadas, con una gran disponibilidad y capacidad de reacción.

Estos dos hechos y las propias demandas sociales propiciaron la Constitución de una Comisión Mixta Congreso de los Diputados-Senado, que determinó en 1998 los principios generales de un nuevo modelo de Fuerzas Armadas plenamente profesionales. De conformidad con el dictamen de la Comisión se promulgó la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, que supuso, como hemos dicho, la supresión del servicio militar obligatorio.

La Ley 17/1999 de 18 de mayo, de régimen de personal de las Fuerzas Armadas, de la que ya hemos hablado, pretendía contemplar la profesión militar en su totalidad. Reguló todas las vicisitudes profesionales de los militares, desde la tropa hasta el generalato. Sus aportaciones más relevantes a la carrera fueron:

- Creó la figura del general de Ejército, a fin de equiparar a los Jefes de Estado Mayor con los generales de cuatro estrellas de la OTAN
- Se reformó el CESEDEN, adscribiéndole la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas, donde se imparten los cursos de estado mayor.
- Estructuró la profesión en cuatro categorías:
 - a) Oficiales Generales: capitán general, general de Ejército, teniente general, general de división y general de brigada
 - b) Oficiales: coronel, teniente coronel, comandante, capitán, teniente, alférez
 - c) Suboficiales: suboficial mayor, subteniente, brigada, sargento primero y sargento
 - d) Tropa: cabo mayor, cabo primero, cabo y soldado
- El Ejército de Tierra se constituyó en cuatro cuerpos: General de las Armas, Intendencia, Ingenieros politécnicos y Especialistas.
- La Armada se constituyó en cinco cuerpos: Cuerpo General de la Armada, Cuerpo de Especialistas de la Armada, Cuerpo de Ingenieros de la Armada, Cuerpo de Intendencia de la Armada y Cuerpo de Infantería de Marina.
- El Aire se constituyó en cuatro cuerpos: Cuerpo General del Ejército del Aire, Cuerpo de Especialistas del Ejército del Aire, Cuerpo de Intendencia del Ejército del Aire y Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire.
- Los cuerpos comunes quedaron así: Cuerpo Jurídico Militar, Cuerpo de Intervención, Cuerpo de Músicas Militares y Cuerpo de Sanidad.
- Por otra parte, en función de la naturaleza del compromiso adquirido se clasificó al personal en: militar de carrera (oficiales generales, oficiales y suboficiales que, con una relación de servicios permanente formaban los cuadros de mando), de complemento (diplomados o licenciados universitarios que con una relación de servicios temporal completaban los cuadros de mando) y militares profesionales de tropa y marinería.

- Y los militares de carrera quedaron clasificados en: escala superior de oficiales (que habían cursado estudios militares equivalentes a licenciatura), de oficiales (con diploma universitario o ingeniería técnica) y de suboficiales (asimilados a técnicos especialistas)
- Se mantuvo el régimen de ascensos mixto: antigüedad, selección y elección.
 - a) Los oficiales ascendían por antigüedad hasta capitán
 - b) Los suboficiales ascendían por antigüedad hasta brigada

A partir de ahí, para ascender era necesario acreditar la capacitación profesional mediante un sistema de evaluación continua. Las últimas categorías de cada escala se previó el cubrirlas por elección entre los que hubieran aprobado un curso selectivo de capacitación. Y por último, para el ascenso a comandante también se mantuvo el tradicional curso de capacitación.

TERCERA PARTE: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS FUERZAS ARMADAS

7. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PERSONAL MILITAR

Para el militar, la Constitución es, como es lógico fuente de derechos pero también de restricciones en el ejercicio de algunos de éstos. Siempre y en todos los Estados constitucionales han existido limitaciones a los derechos de los militares (el “acantonamiento jurídico del ejército”, en expresión de Hauriou¹³⁰), por una parte para salvaguardar la libertad política de quienes detentan tal volumen de fuerza y por otra parte, para garantizar que éstos desempeñan sus funciones con neutralidad, unidad y disciplina.

Existen otros grupos sociales que sufren restricciones en el ejercicio de los derechos (jueces, magistrados, fiscales, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) pero los militares son quienes más limitados tienen el ejercicio de sus derechos y libertades públicas.

En efecto, no parece que el principio de subordinación al poder civil ni el de disciplina puedan ser compatibles con la “institucionalización del conflicto”¹³¹ en las Fuerzas Armadas, es decir, no parece compatible con que se admita que en el seno de éstas se reproduzcan los conflictos tan habituales en la sociedad.

¹³⁰ HAURIOU, M., *Principios de derecho público y constitucional*, Granada, Comares, 2003, pág.172

¹³¹ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77, Madrid, Ministerio de Defensa (Secretaría General Técnica), 2001, pág. 454.

En la Constitución encontramos tres límites a los derechos de los militares: el art. 25.3 en que se permite que la Administración militar pueda imponer sanciones privativas de libertad, “a sensu contrario”; el art. 28.1 que permite limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de libre sindicación a las Fuerzas e Institutos armados; y el 29.2 que restringe el derecho de petición al ámbito individual.

El resto de límites han sido introducidos por el legislador no constitucional. En este sentido, recordemos que hasta el año 2011 aún estaba en vigor (junto a otros como el 174, 177, 178, 180, 181, 182 y 185), en virtud de la Disposición derogatoria única de la Ley 39/2007 de la Carrera militar, el artículo 169 de la Ley 85/1978 de 28 de diciembre de Reales Ordenanzas, en virtud del cual “el militar tiene los derechos cívicos y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollan y por estas Ordenanzas”. A nuestro juicio, este artículo y en particular el inciso final era claramente inconstitucional pues contradecía el artículo 81.1 de la Constitución que reserva a ley orgánica la regulación de los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I, algunos de los cuales precisamente fueron regulados por el legislador por medio de tales Reales Ordenanzas de 1978, que sorprendentemente han sido vigentes, como decimos, hace poco.

Hoy en día, como explicaremos más tarde y afortunadamente, tal regulación ha sido sustituida por la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

7.1 DERECHO DE IGUALDAD

a. Introducción

De la igualdad todos tenemos un concepto más o menos intuitivo. A nuestro juicio, cuando alguien la invoca, lo que quiere expresar es que tiene derecho a hacer o tener las mismas cosas que otro ciudadano; bien es cierto que quien lo dice no suele pretender ser riguroso en términos jurídicos y por lo tanto lo invoca con una notable indefinición.

Aristóteles dice de ella que es la distribución justa de los bienes: “Parece que la justicia es igualdad, y lo es, pero no para todos sino para los iguales. Y la desigualdad parece ser justa, y lo es

en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”¹³². Esta definición es la que creemos más acertada de cuantas existen y cuyo éxito a lo largo de la historia ha estribado en “su plasticidad... posee un contenido mínimo: la coherencia entre el criterio con que se mide la igualdad y la finalidad de la medida”¹³³.

El concepto de igualdad, en todo caso, “no puede ser comprendido en un sentido absoluto, sino que debe ser considerado desde una perspectiva histórica, pues su contenido está vinculado al momento histórico”¹³⁴ y se ha de tener en cuenta la materia de que se trate.

El reconocimiento de la igualdad como principio constitucional se produce a finales del siglo XVIII, merced a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. En nuestro país, la Constitución de 1978 expresa, hoy en día, una concepción de la igualdad propia de un Estado social y democrático de Derecho. En su art.1.1 la reconoce como valor superior del ordenamiento jurídico. En su art. 14 a) la reconoce como principio: "Los españoles son iguales ante la ley" y en su artículo 9.2 dice que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos...". En el apartado b del artículo 14, la igualdad está prevista como derecho: "sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Y el art.9.3 se refiere a ella como límite: "La Constitución garantiza...la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Otros artículos, como el 23 (acceso a las funciones públicas), el 31 (deber tributario) y el 32 (relaciones entre cónyuges) recogerían meras especificaciones del principio de igualdad. Por último, el art. 14 habrá de interpretarse, dice el art.10.2 de la Constitución, de conformidad con los Tratados internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España.

b. La igualdad como valor

La igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico pues así lo dice el art. 1.1. CE. En cuanto tal, fundamenta el ordenamiento jurídico. Orienta al mismo hacia los fines que previamente se han enunciado. Y constituye un criterio para medir la legitimidad de hechos y conductas. Además, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tiene eficacia jurídica propia: "La

¹³² ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Gredos, 1988, Libro II, 1280^a, pág.174

¹³³ BILBAO UBILLOS, J.M., REY MARTÍNEZ, F., Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional, en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Madrid, Aranzadi, 1998, pag 245.

¹³⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos,1986, pág 46

igualdad se configura como un valor superior que...se proyecta con eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución como norma suprema, proclama¹³⁵".

c. La igualdad como principio

La igualdad como principio está reconocida en el art. 14 y en el 9.2. CE. Se trata, en lo esencial, de la igualdad de todos los ciudadanos ante los derechos y libertades previstos por el ordenamiento.

Es con el nacimiento del Estado de Derecho, fruto de las Revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, en especial, de la francesa, cuando la igualdad se convierte en un pilar fundamental de los ordenamientos jurídicos y del constitucionalismo. Dice el art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derecho" y en su art.6 dice: "La ley debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga".

Vemos, por tanto, que la igualdad en esta época se concibe como "ausencia de privilegios¹³⁶". La igualdad jurídica es la herramienta de la burguesía para acabar con la sociedad estamental, en la que cada estamento (nobleza, clero, plebe) tenía su propia ley (privilegios, del latín "privis legis", ley privada) y también su propio tribunal. Se trataba, por tanto, de garantizar la generalidad de la ley, de igualar "los efectos de la ley en relación con sus destinatarios, con independencia del contenido¹³⁷". Es decir, se trataba de que todos los ciudadanos se sometiesen a la misma ley.

No obstante, esta igualdad no suprime ciertas condiciones para el ejercicio de determinados derechos (como el derecho al voto). La burguesía no trataba de eliminar la desigualdad en la sociedad o socio-económica. Además se trata de una igualdad "ante la ley", no ante cualquier otro tipo de norma jurídica, pues los primeros constitucionalistas sostenían que "la racionalidad intrínseca¹³⁸" estaba en la ley, no en ninguna otra instancia. La ley era la expresión de la voluntad general. Y como hemos dicho, esta igualdad sólo se refería a sus efectos no al contenido de las leyes. Por ello, no existían mecanismos de control de constitucionalidad de la ley. Por tanto, en este momento, sólo a los aplicadores de la ley se les exigía respeto por la igualdad: el principio de igualdad se asimilaba al principio de legalidad. La igualdad ante la ley era, ante todo, igualdad en la aplicación de la ley.

¹³⁵ STC 8/ 1993, de 18 de febrero, F.J.3º

¹³⁶ CRUZ VILLALÓN, P. El principio de igualdad y otros conceptos afines en *Los Derechos Individuales en la Constitución Española: la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Sevilla, El Monte, 1993, pag.42

¹³⁷ GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional, Volumen I*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pag 172

¹³⁸ DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Thomson, 2003, pag. 172

En nuestro ordenamiento jurídico esta dimensión de la igualdad tiene cabida en el artículo 14 de la Constitución: "Los españoles son iguales ante la ley". Es decir, la ley es la misma para todos los españoles. Al respecto, debemos subrayar que éste es un enunciado "prescriptivo, no descriptivo"¹³⁹, es decir, no dice que los españoles seamos iguales sino que debemos serlo. Además, recordemos que estamos ante una igualdad jurídica. Es decir, ante lo que somos iguales los españoles es ante la ley, no desde otros puntos de vista (aptitudes, motivación, etc). Y lo somos tanto en el momento de su creación como en el de su aplicación. Estamos, por tanto, ante un postulado jurídico, que pretende realizarse en el limitado ámbito de lo jurídico.

La igualdad ante la ley implica tres rasgos: A. Universalidad, pues la validez de la ley alcanza a todos los ciudadanos. B. Generalidad, puesto que la ley debe promulgarse para el común de los ciudadanos. C. Duradera, ya que la ley debe tener vocación de permanencia en el tiempo. No obstante, sólo la nota de generalidad es propia de la noción constitucional de ley. Las demás notas son relativas y derivan de los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad.

Pronto, se comenzó a afirmar que no bastaba con aplicar la ley de la misma forma con independencia de su contenido, sino que "la igualdad debe vincular también al legislador"¹⁴⁰. En Estados Unidos ello tiene lugar desde 1868, merced a la introducción en la Constitución de la XIV Enmienda, según la cuál ningún Estado podía denegar a ninguna persona "igual protección de las leyes". En Europa ello se produce en el período de entreguerras (Constitución austríaca) pero, sobre todo, tras la II Guerra Mundial, cuando las Constitución italiana de 1947 y la Ley fundamental de Bonn de 1949 introducen el principio de igualdad en el texto constitucional y establecen un control de constitucionalidad de las leyes.

De este modo, la igualdad adquiere, su segundo sentido: igualdad en la ley o frente al legislador. Es decir, "las leyes han de procurar en su contenido y en su forma, un trato igualitario a todos los ciudadanos y si no lo hacen, deben ser declaradas nulas por el Tribunal Constitucional"¹⁴¹. En nuestro país, la doctrina es favorable a la admisión del principio de igualdad en la ley en el art.14, como limitación del legislador, controlable en la jurisdicción constitucional. Así lo ha entendido también el TC: "la igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislador, como

¹³⁹ DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Thomson, 2003, pag.172

¹⁴⁰ SALVADOR MARTÍNEZ, M., *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pag. 100

¹⁴¹ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant monografías, 1999, pág. 30

se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma¹⁴². Del principio de igualdad en la ley podemos hallar también manifestaciones específicas a lo largo de todo el texto constitucional: "todos" (art.15), "ningún español" (art.11.a), "toda persona (art.17.1)", "los ciudadanos" (art. 23), "todas las personas"(art.24), "los españoles (art.29.1 y 30.1)" son ejemplos de referencias implícitas. Junto a ello, hay también numerosas referencias expresas, en relación con el libre acceso a cargos públicos, la tutela judicial efectiva, etc. Pero además, podemos encontrar referencias genéricas, como la que expresa el art.139.1, según el cuál "todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado", "un mandato de parificación"¹⁴³ que pretende que el Estado de las autonomías no suponga para los españoles diferencias en sus derechos y que tiene su complemento en la prohibición de privilegios del 138.2. CE. Por último, debemos precisar respecto a la igualdad en la ley que la expresión "ley" debe entenderse referida también a los reglamentos y a los convenios colectivos.

Hasta aquí hemos descrito el mandato de igualdad de trato o formal. En efecto, éste se compone de igualdad en la aplicación de la ley y de igualdad en el contenido de la ley. Y está previsto en el art. 14, como hemos dicho.

Pero el principio de igualdad contiene, además, un mandato de igualdad material. Ésta nueva aportación al principio de igualdad se produce con el nacimiento del Estado Social, Estado protector o "Welfare State", en Europa y en Estados Unidos. El mandato de igualdad material exige al Estado intervenir en la sociedad para lograr la igualdad real y efectiva de los ciudadanos. Esta actuación del Estado puede tener como objetivo, por otra parte, la igualdad de oportunidades o la igualdad de resultados. La igualdad de oportunidades hace referencia a la igualdad en el punto de partida, no al reparto definitivo de bienes sociales, el cual dependerá de los méritos de cada persona concreta. En Europa, este mandato de igualdad material se consagra en la letra de las constituciones y en EE.UU. a través de la jurisprudencia del TS. En España, se prevé en el art. 9.2 de la Constitución: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas". "Es un mandato a los poderes públicos de optimización, dentro de las posibilidades técnicas y financieras"¹⁴⁴. Es decir: A. Depende de las posibilidades financieras y técnicas de cada momento. B. Las distintas mayorías políticas que se vayan turnando en el poder podrán desarrollarlo de forma muy diferente. C. No sólo queda abierta la determinación del "cómo" sino la de qué o quienes serán beneficiarios.

¹⁴² STC 22/1981 de 2 de julio (BOE 22 de julio)

¹⁴³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, pag. 37

¹⁴⁴ BILBAO UBILLOS, J. M., REY MARTÍNEZ, F., *Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional*, en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Madrid, Aranzadi, 1998, pag 251

Dicho ésto, advertimos que el art. 9.2 carece de los medios de defensa del art.14. Debido a su ubicación en el texto constitucional, puede servir de parámetro para controlar la constitucionalidad de las leyes (por medio del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad) pero no está protegido por el recurso de amparo (art. 53.2). Es decir, “no existe un derecho subjetivo a exigir del Estado un trato igualitario desde el punto de vista material susceptible de recurso de amparo”¹⁴⁵.

Respecto al supuesto antagonismo entre igualdad formal y material, la jurisprudencia del TC se ha decantado por integrar el principio de igualdad formal con criterios de igualdad material: "El artículo 9.2 CE puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material"¹⁴⁶. Con ello se evita la inconstitucionalidad que, desde la sola lectura del art.14 de la Constitución, se derivaría de determinados tratos desiguales en ley. No existe, por tanto, oposición entre igualdad real y formal: “la igualdad real es la igualdad formal cuando entra en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja”¹⁴⁷.

d. Diferencia razonable

De lo anterior se deduce que la ley puede introducir diferencias de trato cuando estén justificadas por la situación real de los individuos. El canon exigido para que tal diferenciación sea legítima, por tanto, es que sea "objetiva y razonable". En caso contrario “será arbitraria y por ello discriminatoria”¹⁴⁸.

El problema es la vaguedad del concepto "razonable". Parecería que lo razonable es lo contrario de “lo arbitrario, lo insensato, lo falto de realismo”¹⁴⁹; pero la mayoría de las ocasiones, determinar si una diferenciación es o no razonable quedará a la discrecionalidad del juez. La sucesión temporal de normas, por otra parte y a juicio de la jurisprudencia constitucional, no es, por sí misma, irrazonable.

¹⁴⁵ MONTILLA MARCOS, J. A., El mandato constitucional de promoción de igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad, en *Estudio de Derecho Público (Homenaje a Juan José Ruiz Rico)*, vol. 1, Madrid, Tecnos, 1997, pag. 457

¹⁴⁶ STC 86/ 1985, de 10 de julio, FJ 3º

¹⁴⁷ BILBAO UBILLOS, J. M., REY MARTÍNEZ, F., Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional, en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Madrid, Aranzadi, 1998, pag 248.

¹⁴⁸ STC 209/1988, de 10 de noviembre

¹⁴⁹ Díez Pícazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Thomson, 2003, pag. 180.

e. Diferenciación y discriminación

Como se ha dicho, un trato desigual que carezca de justificación objetiva y razonable es discriminatorio. A éste respecto, es útil definir qué es discriminación: el término discriminación se emplea para calificar una serie de situaciones en que se niega a determinados individuos su condición de personas. Se les califica por alguno de sus rasgos innatos, no por sus actos. Se trata, por tanto, de diferenciar con base en prejuicios. Es, en consecuencia, una diferenciación injusta.

Dicho ésto, el TC ha establecido una serie de requisitos para averiguar si estamos ante un trato desigual pero justificado: "el art. 14 contiene...un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundado y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas"¹⁵⁰.

Una vez sistematizados, pues, los requisitos exigidos constitucionalmente son los siguientes:

Desigualdad de supuestos de hecho. Para calificar de constitucionalmente admisible un trato desigual ha de tratarse de situaciones diferentes. Dicho a la inversa, es discriminatorio y por ello inconstitucional tratar desigualmente supuestos iguales. Ello, a su vez, exige que quien alega que se ha violado el principio de igualdad, aporte un "tertium comparationis". De hecho, la igualdad es un juicio comparativo que se efectúa respecto de un criterio previamente determinado. Por ejemplo, el derecho de las mujeres, pero no de los varones, a una pensión de viudedad, etc.

Finalidad constitucionalmente legítima. Para que el trato desigual esté justificado ha de tener una finalidad constitucionalmente admisible, es decir, razonable, desde el punto de vista constitucional; bastaría, en este sentido, con que no pugne con el sistema de valores constitucional.

Congruencia. Es decir, que haya una relación directa y razonable entre la diferenciación que se introduce, el supuesto de hecho y la finalidad perseguida. Es decir, que guarden una adecuación interna entre ellos.

¹⁵⁰ STC 200/2001 de 4 de octubre, FJ 4º

Proporcionalidad. Debe existir proporción entre el trato diferenciado introducido y la finalidad que se persigue con él. “La proporcionalidad no debe confundirse con la oportunidad o el carácter de óptima opción de la medida adoptada”¹⁵¹.

Recordemos que el juicio de razonabilidad no es sinónimo de principio de proporcionalidad: éste último no sólo exige que los actos de los poderes públicos sean razonables sino que sean, además, lo menos gravoso posible para los particulares.

Cruz Villalón, de otro lado, se refiere con el término discriminaciones “ex silentio”¹⁵² a aquellos casos en que la norma limita sus efectos a un determinado supuesto, sin referirse a otro que puede considerarse semejante y por tanto, puede llevar a pensar que su ratio debería alcanzarle. Por ejemplo, el art. 24 de la LIRPF preveía hace unos años, el fraccionamiento del año fiscal¹⁵³ en caso de disolución del matrimonio; pues bien, en buena lógica, debería también haber permitido el fraccionamiento del año fiscal en caso de que el matrimonio no se constituyese al inicio del año fiscal. Pues bien, se ha llegado a proponer una analogía “secundum constitutionem” para extender los efectos previstos para el supuesto expresamente contemplado a otros supuestos no contemplados expresamente pero sí condicionados por la misma ratio.

f. Categorías sospechosas de discriminación

Como es sabido, el art.14 de la Constitución contiene dos enunciados: A. El principio general de igualdad (“los españoles son iguales ante la ley”), cuya vulneración produce una discriminación en sentido amplio y B. La prohibición de discriminación, en sentido estricto, por alguna de las causas indicadas en el inciso final (“sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”).

Pues bien, “mientras la igualdad real es un principio, las prohibiciones de discriminación, en sentido estricto, son un derecho subjetivo judicialmente exigible”¹⁵⁴. Además, no deben referirse a cualquier colectivo social en desventaja sino tan sólo a aquéllos que históricamente han sufrido una profunda y arraigada discriminación social. El art. 14.2 CE, por tanto, enumera criterios de discrimi-

¹⁵¹ GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional. Volumen I*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pag. 181

¹⁵² CRUZ VILLALÓN, P., El principio de igualdad y otros conceptos afines, en *Los Derechos Individuales en la Constitución Española: la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Sevilla, El monte, 1993, pag. 52

¹⁵³ STC 45/1989 de 20 de febrero, FJ 10º

¹⁵⁴ BILBAO UBILLOS, J. M., REY MARTÍNEZ, F., Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional, en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Madrid, Aranzadi, 1998, pag 251.

minación "especialmente odiosos". Operan como prohibición de diferenciación normativa especialmente rigurosa. Por tanto, un trato diferente apoyado en estas causas se convierte en sospechoso de ser discriminatorio.

No obstante lo dicho, pueden emplearse, excepcionalmente, para introducir un trato desigual, pero en este caso al legislador "le es exigible una extra fundamentación de la objetividad y razonabilidad del trato diferente"¹⁵⁵. Ello es así porque esta diferenciación normativa fundada en estas causas ha de ser sometida a un análisis más detenido. Es una extrapolación a nuestro constitucionalismo del criterio del "escrutinio especialmente riguroso" empleado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos y en España se podría definir como "una especial sensibilidad del Tribunal Constitucional en la aplicación del test ordinario"¹⁵⁶ que debe pasar cualquier diferenciación. Además se produce una inversión de la carga de la prueba: el que produce la desigualdad es quien ha de demostrar que no hay trato discriminatorio.

No obstante, la doctrina jurídica no se pone de acuerdo respecto a si hay o no inversión de la carga de la prueba (el profesor García Morillo, por ejemplo, afirma que no; autores como Giménez Gluck, Cruz Villalón o Salvador Mnez. se muestran favorables a tal tesis, sin embargo).

Por fin, la cláusula abierta "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", que cierra el art.14 CE pretende abarcar "determinados rasgos no recogidos en las cláusulas expresas y específicas de no discriminación"¹⁵⁷.

g. Clases de trato desigual orientados hacia la igualdad material

Como comentamos en la introducción, éste es uno de los aspectos más polémicos en la doctrina, pues unos autores llaman acción positiva lo que para otros es una medida de igualación positiva; unos califican como igualdad en el punto de partida lo que para otros es igualdad de resultados, etc.

En este punto concreto, pues, hemos optado por acogernos a la tesis de Giménez Gluck (tesis compartida por otros autores como Ruiz Miguel o Rey Martínez). Según éste, hay que distinguir entre medidas de igualación positiva y acción positiva. Dentro de éstas últimas, a su vez, distingui-

¹⁵⁵ GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional, Volumen I*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pag. 183.

¹⁵⁶ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant monografías, 1999, pag. 42

¹⁵⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant monografías, 1999, pág. 44

remos acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Mención aparte merecen las medidas protectoras.

Medidas de igualación positiva.

Son tratos formalmente diferentes cuya finalidad es lograr la igualdad entre ciudadanos, considerados como individuos y basan la diferenciación en la inferioridad del beneficiado, determinada por rasgos individuales, objetivos, indudables e intemporales. Un ejemplo de rasgo diferenciador propio de una medida así es una renta baja, lo que podría servir para obtener una beca, para que se te imponga un tipo fiscal más favorable, etc. Tienen amparo en el art.1.1 CE y especialmente en el 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas. Son constitucionales "cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad"¹⁵⁸.

Acciones positivas.

Son acciones positivas los tratos formalmente diferentes que favorecen a un colectivo por poseer un rasgo diferenciador común, transparente e inmodificable (y que constituye una cláusula específica de no discriminación, como nacimiento, raza, sexo, religión, opinión etc). Por tanto, favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo, no por sus circunstancias individuales. También estas medidas encuentran su justificación en el enunciado del art.1.1 y 9.2 CE, que habla también de la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los grupos en que se integra el individuo sean reales y efectivas. Además, de la interpretación del art.14.2 ("no podrá prevalecer discriminación alguna por razón de sexo") en relación con el art.9.2, se deduce un mandato a los poderes públicos de terminar con la discriminación contra el colectivo de las mujeres, por ejemplo, lo cual "convierte en constitucionales las acciones positivas que les favorecen"¹⁵⁹.

Las acciones positivas moderadas son aquéllas que no constituyen cuotas en un proceso de selección pero que tratan de remover los obstáculos que los miembros de los colectivos discriminados (por su sexo, raza o minusvalía) encuentran en el proceso selectivo, para que lleguen en una posición semejante al punto de partida (igualdad de oportunidades). No causan, por tanto, daño a

¹⁵⁸ STC 14/1983 de 28 de febrero, FJ 3º

¹⁵⁹ STC 128/87 de 16 de julio

terceros. Por ejemplo, la obligación de contratar en empresas de al menos 50 trabajadores a un 2% de minusválidos, establecida por el art.38 de la Ley 13/82 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos.

Las medidas de discriminación inversa son cuotas reservadas en los procesos selectivos a determinados colectivos discriminados que les permiten acceder a bienes escasos (contratos administrativos, escaños en las Cortes Generales, etc). Causan, por tanto, un daño directo a los miembros de los grupos que no se han beneficiado de ésta. Éstas, a su vez, pueden ser de dos tipos:

Cuota rígida: se establece una cuota sin mirar otros elementos como el diferente mérito, la flexibilidad temporal, etc. Es inconstitucional por desproporcionada. B. Cuota flexible: la pertenencia al grupo marginado es un factor más en el proceso de selección.

Y acciones protectoras. Reconocen ventajas a la mujer pero no con la intención de superar la desigualdad sino con la de perpetuar el estereotipo que tradicionalmente ha encarnado la mujer. Ejemplos son la STC 142/1990, de 20 de septiembre, que invalida el art.3.1 del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955 que excluía a los varones de la pensión del SOVI); la STC 38/1986, de 21 de marzo, que declara inconstitucional el establecimiento de un descanso nocturno mínimo y continuado de doce horas para mujeres.

h. La igualdad como derecho

La igualdad como derecho no se reconoce en las constituciones hasta después de 1945 y se reconoce tanto frente a los aplicadores de la ley como frente al legislador. En España, el art.14 y el 9.2 CE reconocen un derecho fundamental a la igualdad. Éste define un derecho subjetivo que atribuye al titular una serie de facultades que le permiten exigir ante los tribunales de justicia el respeto a su derecho.

Se caracteriza, además por ser un "derecho general a la igualdad"¹⁶⁰ pues en otros artículos constitucionales encontramos manifestaciones específicas del derecho a la igualdad.

Es, además, un derecho típicamente relacional, es decir, no es un derecho autónomo, no se viola la igualdad en abstracto sino en relación con el acceso a cargos públicos, la libertad de resi-

¹⁶⁰ SALVADOR MARTÍNEZ, M., "*Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*", Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pag. 105

dencia, el derecho al trabajo, la tutela judicial efectiva, etc. Así lo ha reconocido el TC: "su contenido viene establecido siempre respecto a relaciones jurídicas concretas"¹⁶¹. Ello tiene dos consecuencias: 1. Está excluido de la previsión que del art.81.1 CE y por tanto no precisa desarrollo por ley orgánica porque la igualdad no puede ser objeto de una regulación general. 2. Según el art.53.2 CE, podrá recabarse la tutela de este derecho ante los tribunales mediante un procedimiento preferente y sumario y ante el TC mediante el recurso de amparo pero "sólo en la medida que se cuestione que tal derecho ha sido vulnerado en una relación jurídica"¹⁶².

Los titulares del derecho, según el art.14 CE, son los españoles. Los extranjeros, según el art.13.1, gozarán en España de los derechos fundamentales que en ella se reconocen en los términos que establezcan los tratados y la ley. Así "la exclusión de los extranjeros debe entenderse referida sólo al derecho a la igualdad en la ley y con la importante salvedad de los derechos fundamentales, algunos de los cuales no toleran, en razón del bien protegido que la extranjería pueda ser considerada como elemento de diferenciación"¹⁶³. Las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho a la igualdad pues el art. 14 de la Constitución lo reconoce a los españoles, sin distinguir entre físicas y jurídicas. No obstante, "no existe necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas"¹⁶⁴. Las personas jurídico públicas, en principio, no pueden ser titulares del derecho a la igualdad; no obstante, en algún caso relacionado con la tutela judicial efectiva el TC lo ha admitido¹⁶⁵.

Como obligados por el derecho de igualdad hay que señalar a todos los poderes públicos: legislativo, ejecutivo y judicial. Sus obligaciones son diferentes debido a sus diferentes funciones: el ejecutivo y judicial deben respetar la igualdad en la aplicación de la ley y el legislativo la igualdad en la ley. No obstante, "gozan de un margen de libertad en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas"¹⁶⁶. Su decisión, no obstante, es susceptible de ser revisada posteriormente. Esta obligación de los poderes públicos guarda una estrecha relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, art.9.3: los poderes públicos no pueden tratar a los ciudadanos según su libre arbitrio sino que están sometidos a derecho.

En otro orden de cosas, al respecto de una polémica suscitada entre Rubio Llorente y García de Enterría sobre si el principio de igualdad está duplicado en nuestra Constitución, Cruz Villalón ha señalado que el principio de interdicción de la arbitrariedad y el de igualdad son conceptos que

¹⁶¹ STC 73/83, de 30 de julio, FJ 2º

¹⁶² STC 73/83, de 30 de julio, FJ 2º

¹⁶³ STC 107/84, de 23 de noviembre y 115/87, de 7 de julio

¹⁶⁴ STC 23/89, de 2 de febrero FFJJ 2º y 3º; también SSTC 99/183, de 16 de noviembre, STC 20/85, de 14 de febrero, STC 26/85 de 22 de febrero y STC 19/86, de 7 de febrero

¹⁶⁵ STC 100/93, de 22 de marzo, FJ 2º

¹⁶⁶ SALVADOR MARTÍNEZ, M., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pag110

designan realidades secantes, es decir, en parte coinciden y en parte difieren...El principio de igualdad cubre supuestos más amplios, de tal manera que la discriminación... "empezaría antes" que la arbitrariedad; o que sin necesidad de llegar a incurrir en arbitrariedad ya se podría estar incurriendo en discriminación¹⁶⁷.

i. La igualdad en la aplicación de la ley

La ley se ha de aplicar igual a todos los que se encuentren en igual situación con independencia de sus circunstancias personales o sociales. Este principio vincula tanto a los órganos administrativos como a los judiciales.

Aplicación de la ley por órganos administrativos.

No están vinculados por el precedente, pero sí sujetos al control jurisdiccional. Además, un órgano de la administración no puede desconocer sus propios precedentes y cambiar caprichosamente de criterio a la hora de conceder una pensión, por ejemplo¹⁶⁸. No obstante, sólo los actos de la administración que han sido declarados conforme a Derecho por sentencia judicial pueden alegarse como precedente (STC 62/1987, de 20 de mayo; STC 50/1986 de 23 de abril). Éste requisito, sin embargo y en opinión de Díez Picazo, sólo se exige para interponer un recurso de amparo ante el TC, no para iniciar la vía contencioso-administrativa, de acuerdo con la lectura del art. 54.1 c LRJPAC, que impone un deber de motivación de los actos que "se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes". Ésta es la razón por la que "muy pocos casos de desigualdad en la aplicación administrativa de la ley llegan al Tribunal Constitucional"¹⁶⁹.

Aplicación de la ley por órganos jurisdiccionales.

No pueden existir decisiones judiciales arbitrarias o no fundadas en razones jurídicamente admisibles. Ahora bien, ¿cuándo una resolución judicial es arbitraria? En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que ocurre bajo la "Common Law", los jueces no están sujetos al precedente sino a la ley (art. 117.1 CE). El juez está sólo con la ley, no puede recibir instrucciones de los órganos judiciales superiores; además, puede hacer una interpretación distinta de las normas aplica-

¹⁶⁷ CRUZ VILLALÓN, P., El principio de igualdad y otros conceptos afines, en *"Los Derechos Individuales en la Constitución Española: la Doctrina del Tribunal Constitucional"*, Sevilla, El Monte, 1993, pag.49

¹⁶⁸ BILBAO UBILLOS, J.M., REY MARTÍNEZ, F., Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional, en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Madrid, Aranzadi, 1998, pag 254

¹⁶⁹ SALVADOR MARTÍNEZ, M., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pag. 117

bles al caso e incluso rectificar su propio criterio siempre que el nuevo sea admisible desde el punto de vista constitucional. Es lo que se llama “soberanía del juzgador”¹⁷⁰. Ahora bien, también es cierto que el art.9.3 CE exige que las actuaciones judiciales sean previsibles. Es decir, que la solución a un caso no dependa de qué juez conozca de él ni de cómo se encuentre esa mañana, es decir, un principio de seguridad jurídica.

Pues bien, el TC ha intentado conciliar el principio de igualdad con la independencia judicial¹⁷¹ y la naturaleza “dinámica y progresiva de la función judicial”¹⁷² y ha optado por una solución ecléctica y original que implica un control meramente formal por parte del TC. Para apreciar vulneración del principio de igualdad por parte de un órgano judicial deben concurrir tres requisitos:

A. Identidad de órgano judicial. Las resoluciones contradictorias han de provenir del mismo órgano judicial (a estos efectos, distintas secciones de una Audiencia Provincial son “órganos diferentes”¹⁷³), precisamente en aras de la independencia de los jueces. Por tanto, la deseada homogeneidad entre las diferentes decisiones judiciales es tarea que se deja a los recursos legalmente previstos ante el Tribunal Supremo.

B. Identidad de supuestos de hecho. Debe haber una identidad entre los supuestos de hecho objeto de las resoluciones judiciales contradictorias. Además se debe aportar un “tertium comparationis”, un término de comparación, es decir, un caso similar resuelto anteriormente de otra forma. Por tanto, “una sentencia posterior a la impugnada en amparo no constituye un término idóneo de comparación”¹⁷⁴. Ahora bien, no es suficiente con oponer pronunciamientos jurisdiccionales aislados sino que las decisiones jurisdiccionales que se aporten como término de referencia “han de ser expresivas de una línea jurisprudencial cierta”¹⁷⁵. Además, una acción u omisión ilegal no puede servir como precedente. Es decir, la persona a quien se aplica una norma no puede alegar el principio de igualdad “por el hecho de que esa misma norma no se haya aplicado anteriormente a otras personas en su mismas circunstancias”¹⁷⁶. Por último, la comparación se debe referir a las diferencias en la interpretación y aplicación de las normas, no a la apreciación de hechos, “como puede ser la valoración de la prueba”¹⁷⁷.

¹⁷⁰ DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Thomson, 2003, pag. 186 .

¹⁷¹ STC 49/ 1982, de 14 de julio

¹⁷² ATC 103/1990, de 9 de marzo

¹⁷³ ATC 233/1985 de 10 de abril

¹⁷⁴ STC 152/ 1994, de 23 de mayo

¹⁷⁵ STC 48/ 1987, de 22 de abril

¹⁷⁶ STC 21/1992, de 14 de febrero

¹⁷⁷ STC 207/1992, de 30 de noviembre

C. Ausencia de motivación del cambio de criterio interpretativo. El principio de igualdad en la aplicación de la ley no garantiza a quien acuda a los tribunales de justicia que va a obtener una resolución igual a la que ha adoptado ese órgano judicial anteriormente en supuestos de hecho iguales. “Lo que garantiza es que la modificación de los propios precedentes sólo sea posible bajo ciertas condiciones”¹⁷⁸:

Primera. El órgano jurisdiccional que ha resuelto de forma distinta supuestos análogos debe consignar las razones objetivas de ese cambio de criterio. Y ese cambio ha de ser consciente y estar razonablemente fundado y justificado. Además, esta motivación puede estar implícita en la resolución siempre que se deduzca razonablemente de los términos de la decisión o de elementos de juicio exteriores.

Segunda. Ese nuevo criterio no puede ser una respuesta particular, ocasional y aislada sino que ha de ser “una solución genérica y aplicable en el futuro”¹⁷⁹.

Hasta aquí la solución dada por el TC para conciliar el principio de igualdad en la aplicación de la ley y la independencia del juzgador. No obstante y aunque no es imprescindible para el conocimiento de la materia que estamos tratando, consignamos ahora, por ser una opinión poco frecuente entre los autores, la del magistrado Cruz Villalón, para quien la igualdad en la aplicación de la ley no es sino un aspecto del “contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva (art.24), como derecho a una sentencia no manifiestamente infundada e irrazonada”¹⁸⁰.

j. Los particulares y el principio de igualdad

El principio de igualdad es un principio básico de nuestro ordenamiento en todas sus ramas. Ahora bien, la cuestión de que tratamos en este epígrafe es si este principio extiende su eficacia “ex Constitutione”, “sin necesidad de previa mediación legislativa, al ámbito de las relaciones privadas”¹⁸¹. Pues bien, el principio de igualdad tiene una eficacia muy restringida en éste ámbito debido a la eficacia del principio de autonomía de la voluntad, de acuerdo con el cuál, las partes son libres

¹⁷⁸ BILBAO UBILLOS, J.M., REY MARTÍNEZ, F., Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Madrid, Aranzadi, 1998, pág 259.

¹⁷⁹ STC 201/1991, de 28 de octubre y STC 63/1984, de 21 de mayo

¹⁸⁰ CRUZ VILLALÓN, P., El principio de igualdad y otros conceptos afines, en *Los Derechos Individuales en la Constitución Española: la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Sevilla, El Monte, 1993, pag 48.

¹⁸¹ BILBAO UBILLOS, J.M., REY MNEZ., F., Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional, en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Madrid, Aranzadi, 1998, pag 269

de regir sus relaciones como estimen conveniente, sin imposiciones, con los límites que impone el art.1255 Cc (arts.1.1., lo.1, 38 CE). Por tanto, "la obligación de respetar el principio de igualdad se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados"¹⁸². Por consiguiente, el principio de igualdad no operaría "ex Constitutione" en el ámbito de las relaciones entre particulares.

Por el contrario, respecto a la prohibición de determinados factores de discriminación, el TC ha admitido su eficacia inmediata (aunque no absoluta) entre particulares. Por tanto, la autonomía de la voluntad de los particulares, en sus relaciones, "sólo se ve limitada por la prohibición de incurrir en discriminaciones, entre otras, las que expresamente se indican en el art.14 CE"¹⁸³.

k. La igualdad en el Derecho Internacional y en la legislación nacional

Derecho Internacional

De acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de acuerdo con los Tratados Internacionales sobre derechos y libertades válidamente ratificados por España. Pues bien, ello nos debe llevar a enumerar algunos de esos tratados, pactos y convenciones para enmarcar adecuadamente la cuestión objeto de estudio.

En primer lugar, debemos considerar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. Ésta, en su art.1 dice: "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos"; en su art.2, afirma que toda persona tiene los derechos proclamados en esta Declaración "sin distinción alguna..."enumerando, a continuación una serie de prohibiciones concretas de discriminación (raza, sexo...); y su art. 7 garantiza a todos la "igual protección de la ley" y la "igual protección contra toda discriminación".

En segundo lugar, debemos tener en cuenta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966. Su art. 2 dice que todos los derechos reconocidos en él deben garantizarse sin distinción alguna; el art.3 reconoce la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de los derechos reconocidos en el Pacto; y el art. 26 declara el derecho de todas las personas a la igual protección de la ley sin discriminación alguna.

¹⁸² STC 108/1989, de 8 de junio

¹⁸³ STC 108/1989, de 8 de junio, FJ 1

El Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, es el tercer gran tratado internacional al que debemos referirnos. Su art.14 dice que “el goce de los derechos reconocidos en el presente Convenio han de ser asegurados sin distinción alguna especialmente por razones de sexo...” y enumera seguidamente prohibiciones concretas de discriminación. Ello, con independencia del Protocolo Adicional nº 12 que enuncia una prohibición general de discriminación.

Sobre este convenio volveremos en reiteradas ocasiones a lo largo de esta tesis doctoral. No obstante, este Convenio fue suscrito por España el 24 de noviembre de 1977 y como afirma el propio Preámbulo, tiene como objetivo “tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

Como detallamos más adelante, es un Convenio estructurado en tres Títulos y cuenta con cincuenta y nueve artículos. El primer Título proclama una serie de derechos (derecho a la vida, a la libertad y seguridad, a la libertad de expresión, etc), el segundo se dedica a organizar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el tercero contiene disposiciones diversas. Además el Convenio ha sido completado con protocolos adicionales.

Además y en el concreto ámbito de la Unión Europea, son dignos de mención el propio Tratado de Roma (cuyo art.111 ha originado un acervo comunitario sobre la igualdad de sexos), el Tratado de Amsterdam (que confirma como objetivo político la igualdad de sexos) y La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, aunque ésta última no tiene carácter de tratado (arts. 20, 21 y 23).

Por otra parte, debemos considerar Convenios internacionales específicos como el Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, el Convenio sobre discriminación en materia de empleo y ocupación de 1967, el Convenio relativo a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1979 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. Además, deben ser citadas las declaraciones de Conferencias Mundiales sobre la Mujer de Nairobi(1985) y Beijing(1995), seguida de los correspondientes compromisos enunciados en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (A/52/231). Por último, debemos mencionar la Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de Naciones

Unidas, documento sobre el que volveremos más adelante, en sede de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

Legislación Nacional

En primer lugar y obviando la propia Constitución, que naturalmente, como ya hemos dicho rige sobre todas las demás normas imponiendo una prohibición general de discriminación en su artículo 14, la norma más relevante y novedosa es la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, una ley fruto del ánimo pretendidamente progresista del Gobierno Zapatero. Esta ley incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas 2002/73/CE y 2004/113/CE, incorpora políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad y prevé políticas antidiscriminatorias.

En segundo lugar, se encuentra el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011, aprobado por el Gobierno en diciembre de 2007. Este plan trata de realizar materialmente dicha ley, pues como dice el artículo 17 de la misma, “requiere de un plan estratégico que concrete los objetivos, ámbitos y medidas de actuación en los que los poderes públicos deben centrar sus acciones”. Asimismo y aun siendo una ley cuyo objeto no es específicamente la realización de la igualdad, mencionamos la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que, como otras normas, trata de realizar el mandato de la igualdad material entre hombres y mujeres en el ámbito de la administración pública.

Otra norma, aun siendo de inferior rango, es la Orden PRE/525/2005 de 7 de marzo por la que se da publicidad al Acuerdo por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre hombres y mujeres.

1. Medidas de igualdad en las Fuerzas Armadas

En la milicia, como decía Calderón, no se mira cómo se nace sino cómo se procede, es decir, en este oficio, más que en cualquier otro, los hechos mandan. Por ello, a los militares no nos deben extrañar hechos como el ingreso de la mujer en los ejércitos en condiciones de igualdad, la progresiva equiparación legal de la confesión católica con otras confesiones legalmente reconocidas (bien es cierto que esto último aún de forma incipiente), el trato igual e independiente de la orientación sexual y demás manifestaciones de la consagración constitucional del principio de igualdad, pues todo ello es consustancial a la propia naturaleza de la profesión de las armas.

Para nosotros, por tanto y en lo que respecta a esta tesis, lo que se ha hecho en las FAS en las últimas décadas no es tanto adoptar medidas de igualdad positiva ni de acción positiva como, simplemente, reconocer derechos a quienes no los tenían reconocidos (debiendo tenerlos). Todas estas medidas no se han adoptado bajo el paraguas de una única ley sino en diferentes momentos y en virtud de diferentes normas legales que ya han sido mencionadas en el epígrafe anterior y a las que debemos sumar ahora la OM DEF 524/2005 de 7 de marzo por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo, el Plan de Acción del Gobierno de España para la aplicación de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000) sobre Mujeres, Paz y Seguridad y el RD 293/2009 de 6 de marzo por el que se aprueban medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza de las Fuerzas Armadas.

Una vez dicho esto, pongamos nuestra atención en dos de los criterios discriminadores decisivos en materia de igualdad: el sexo y la religión.

La no discriminación por razón de sexo

La incorporación de la mujer a los ejércitos ha supuesto la ruptura de viejos muros y prejuicios, el enriquecimiento y la modernización de las FAS. Su presencia ha ido creciendo paulatina pero incesantemente desde aquel lejano septiembre de 1988, momento en que ingresaba por vez primera una mujer en una academia militar.

Hoy son 15314 las mujeres militares. Uno de cada ocho militares, es mujer; el 12,3% del total y el 16'9 % del total de tropa y marinería; porcentaje que se eleva a 18'6 % en el caso de los reservistas¹⁸⁴. España es el segundo país con mayor presencia femenina, sólo detrás de Francia. Además, en España, a diferencia de otros ejércitos (como el israelí donde no hay mujeres en unidades realmente operativas o el británico donde no está vedada la presencia femenina en unidades de infantería y en algunas corbetas), las mujeres están presentes en todos los destinos, en todos los cuerpos y escalas, sin distinción (independientemente de la opinión que nos merezca). Y por supuesto, a igual responsabilidad, las mujeres perciben el mismo sueldo.

La incorporación de la mujer a las FAS ha significado, por tanto, un avance hacia la igualdad formal entre hombres y mujeres. Insistimos en que nos reservamos, por ahora, el decir si eso es

¹⁸⁴ Fuente: MINISTERIO DE DEFENSA, Dirección General de Personal, Observatorio militar para la igualdad, Madrid, datos a 31 de diciembre de 2012 sobre personal en activo

bueno o no para la eficacia y la eficiencia de las Fuerzas Armadas. Pero el hecho es que, formalmente, se ha producido. No obstante, consciente de que ello no garantiza la igualdad real y efectiva, el legislador ha adoptado: a) medidas de flexibilidad horaria, b) de reducción de jornada por razón de guarda legal y lactancia de hijos, c) permisos retribuidos por razones de conciliación, d) medidas para mantener los derechos económicos durante el disfrute de los permisos de paternidad o maternidad, e) aplazamiento de los cursos de capacitación por embarazo o parto, f) medidas de movilidad o de asignación de destino a las víctimas de violencia de género, g) adaptación de los alojamientos militares existentes a la presencia de la mujer, h) creación de centros infantiles para menores de cero a 3 años en establecimientos militares, i) promoción de la presencia de la mujer en los órganos de evaluación, j) adecuación del régimen disciplinario FAS a un nuevo concepto de acoso sexual.

La no discriminación por razón de creencias religiosas

Esta prohibición y el derecho que protege (derecho a la igualdad), merced a la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2007 de la carrera militar, que regula el Servicio de Asistencia Religiosa y merced a los artículos 4 (“En las Fuerzas Armadas no cabrá discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo,...”) y 9 de la LODDFA 9/2011 (“El militar tiene derecho a la libertad religiosa que se protegerá y respetará de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio”), están siendo regulados con mayor rigor y precisión (no obstante, hemos podido presenciar algún episodio de discriminación, como no servir menú musulmán a un determinado soldado en una determinada unidad militar, algo que vulneraría el derecho a la no discriminación por razón de religión, evidentemente).

La igualdad como valor en las Fuerzas Armadas

En las FAS, los valores que predominan, fundamentalmente, son los de amor a España, disciplina, valor, lealtad, compañerismo, etc. El valor de la igualdad, tal como lo entendemos, desde el punto de vista jurídico constitucional, no se fomenta en la práctica castrense. Ello, en nuestra opinión, es por las peculiares características de la institución castrense: en el Ejército lo que prima no es que todos seamos iguales sino que seamos valientes, amemos a España, seamos disciplinados, estemos unidos y respetemos la jerarquía en aras de la eficacia de una institución tan peculiar como es un ejército, preparado no para la paz sino para la guerra.

No obstante, ello no significa que no rija el valor constitucional de la igualdad en el acceso a la condición de militar, en las condiciones laborales, en retribuciones o en la promoción, por citar sólo unos ejemplos, que por supuesto que rige en todos estos aspectos, como no podría ser de otro modo.

La igualdad como principio en las Fuerzas Armadas

En su dimensión de principio, sí encontramos más alusiones en diferentes leyes, reales decretos y órdenes ministeriales. No obstante, como se verá, será inevitable hablar, más que de la igualdad como principio, de la igualdad entre hombres y mujeres en las FAS.

En primer lugar la ya mencionada Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, aprobada el 31 de octubre de 2000 que se incorpore la perspectiva de género en la prevención, gestión y solución de conflictos armados y creemos conveniente explicarla aquí por el decidido protagonismo que desempeñan las Fuerzas Armadas en estas operaciones.

Esta resolución es la culminación y el reconocimiento de un proceso desarrollado en los últimos años en favor de los derechos de la mujer y que tiene como hitos la Conferencia de Nairobi de 1985 y de Beijing de 1995.

Se apoya en el derecho internacional aplicable a la protección de la mujer y del niño, especialmente, en cuanto civiles; en concreto, las ya mencionadas Convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1979 y sobre los Derechos del Niño de 1989.

“Insta a los Estados Miembros a velar por que aumente la representación de la mujer en todos los niveles de adopción de decisiones de las instituciones y mecanismos nacionales, regionales e internacionales para la prevención, la gestión y la solución de conflictos.

Alienta al Secretario General a que ejecute el plan estratégico... en el que se pide un aumento de la participación de la mujer en los niveles de adopción de decisiones en la solución de conflictos y los procesos de paz; a que nombre a más mujeres representantes especiales y enviadas especiales para realizar misiones de buenos oficios en su nombre a que trate de ampliar el papel y la aportación de las mujeres en las operaciones de las Naciones Unidas sobre el terreno, y especialmente entre los observadores militares, la policía civil y el personal dedicado a los derechos humanos y a tareas humanitarias; a que vele porque, cuando proceda, las operaciones sobre el terreno

incluyan un componente de género; a que proporcione a los Estados Miembros directrices y material de adiestramiento sobre la protección, los derechos y las necesidades especiales de las mujeres, así como sobre la importancia de la participación de las mujeres en la adopción de todas las medidas de mantenimiento de la paz y consolidación de la paz, invita a los Estados Miembros a que incorporen esos elementos, así como el adiestramiento con miras a la concienciación respecto del VIH/ SIDA, en sus programas nacionales de capacitación de personal militar y de policía civil como preparación para su despliegue, y pide además al Secretario General que vele por que el personal de las operaciones de mantenimiento de la paz reciba un adiestramiento análogo.

Insta a los Estados Miembros a que aumenten su apoyo financiero, técnico y logístico voluntario a las actividades de adiestramiento destinadas a crear sensibilidad sobre las cuestiones de género, incluidas las que llevan a cabo los fondos y programas pertinentes, entre otros el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, así como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y otros órganos pertinentes.

Pide a todos los que participen en la negociación y aplicación de acuerdos de paz que adopten una perspectiva de género, en que se tengan en cuenta y se incluyan, entre otras cosas:

a) Las necesidades especiales de las mujeres y las niñas durante la repatriación y el reasentamiento, así como para la rehabilitación, la reintegración y la reconstrucción después de los conflictos;

b) Medidas para apoyar las iniciativas de paz de las mujeres locales y los procesos autóctonos de solución de conflictos y para hacer participar a las mujeres en todos los mecanismos de aplicación de los acuerdos de paz;

c) Medidas que garanticen la protección y el respeto de los derechos humanos de las mujeres y las niñas, particularmente en lo relativo a la Constitución, el sistema electoral, la policía y el sistema judicial.

Exhorta a todas las partes en un conflicto armado a que respeten plenamente el derecho internacional aplicable a los derechos y a la protección de las mujeres y niñas, especialmente en tanto que civiles, en particular las obligaciones correspondientes en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra

la mujer de 1979 y su Protocolo Facultativo de 1999 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y sus dos Protocolos Facultativos de 25 de mayo de 2000, y a que tengan presentes las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Insta a todas las partes en un conflicto armado a que adopten medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género, particularmente la violación y otras formas de abusos sexuales, y todas las demás formas de violencia en situaciones de conflicto armado.

Subraya la responsabilidad de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y las niñas y, a este respecto, destaca la necesidad de excluir esos crímenes, siempre que sea viable, de las disposiciones de amnistía.

Exhorta a todas las partes en un conflicto armado a que respeten el carácter civil y humanitario de los campamentos y asentamientos de refugiados y a que tengan en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y las niñas.

Alienta a todos los que participen en la planificación para el desarme, la desmovilización y la reintegración a que tengan presentes las necesidades distintas de los excombatientes según sean del género femenino o masculino y tengan en cuenta las necesidades de sus familiares a cargo.

Reafirma que, cada vez que se adopten medidas en virtud del Artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, está dispuesto a tener presente el efecto que podrían tener sobre la población civil, teniendo en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y las niñas, a fin de considerar la posibilidad de hacer las excepciones humanitarias del caso.

Expresa su disposición a velar por que en las misiones del Consejo de Seguridad se tengan en cuenta las consideraciones de género y los derechos de la mujer, incluso celebrando consultas con los grupos locales e internacionales de mujeres.

Invita al Secretario General a hacer un estudio sobre los efectos de los conflictos armados en las mujeres y las niñas, el papel de las mujeres en la consolidación de la paz y las dimensiones de género de los procesos de paz y la solución de conflictos...”

Pues bien, esta resolución ha tenido su desarrollo en el llamado Plan de Acción del Gobierno de España para la aplicación de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre Mujeres, Paz y Seguridad (2000).

No obstante, no es la única resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en esta materia pues a ella se añaden la Resolución 1820, de 19 de junio de 2008 y la Resolución 1888, de 30 de septiembre de 2009, ambas sobre violencia sexual contra las mujeres, la Resolución 1889, de 5 de octubre de 2009, que promueve, de nuevo, la participación de la mujer en la solución de conflictos y la 1960, de 16 de diciembre de 2010, también sobre protección de la mujer contra la violencia sexual.

Vemos, pues, cómo ciertas normas nacionales, como la llamada Ley de igualdad, obedecen a unas directrices emanadas de las mismas Naciones Unidas; directrices, muchas de ellas, inscritas en la llamada ideología de género. Por tanto, con independencia de que compartamos o no el rol femenino que se trata de promover desde esta legislación, es claro que los diferentes Gobiernos europeos no hacen sino transponer normas jurídico-internacionales a las que España debe adherirse, en virtud del mandato establecido por el artículo 10 de la Constitución.

Mencionamos ahora, de nuevo, la OM DEF/524/2005 de 7 de marzo. Ésta dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005 por el que se aprueban medidas para favorecer la incorporación y la integración de las mujeres en las Fuerzas Armadas.

Ésta orden, aprobada en plena bonanza económica y por tanto, cuando los ejércitos aún no cubrían sus plantillas orgánicas, trataba de llamar la atención de las mujeres que buscaban su primer empleo, trataba de lanzar el mensaje de que el Ejército era una buena opción laboral y para ello aprueba una serie de medidas que favorecen su incorporación e integración. Algunas las hemos comentado ya:

- Creación de un Observatorio de la Mujer en las FAS.
- Creación de centros infantiles en los establecimientos militares.
- Adecuación de los alojamientos a las condiciones de vida de la mujer.
- Garantía de la presencia de mujeres en los órganos de evaluación.
- Adecuación del concepto de "acoso sexual" en el régimen disciplinario.

Pero en lo que interesa a este apartado, efectivamente, esta orden realiza el principio de igualdad con todas estas medidas. Si bien, la expresión que utiliza es algo más restringida y desafortunada, pues habla de "potenciar la igualdad de género", cuando en nuestra opinión, debería haber hablado de potenciar el principio de igualdad, más genérico.

El RD 1314/2005 de 4 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas, aún no mencionando expresamente el principio de igualdad, emite un mandato que tiende a que se realice materialmente, pues en su art. 17 prevé que el disfrute del permiso de paternidad y maternidad "se hará sin merma de los derechos económicos", lo que significa que para el legislador no es admisible que circunstancias como la maternidad (o la paternidad) puedan situar al militar en condiciones de desigualdad respecto a sus compañeros de armas, perjudicando su carrera profesional.

La Orden 107/2007 de 26 de julio por la que se modifican las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias es otra norma que adapta la normativa existente a las exigencias de la Ley Orgánica de 22 de marzo de 2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres y que trata de realizar materialmente el principio de igualdad aunque tampoco lo dice expresamente.

Consideremos ahora dos de las más grandes y paradigmáticas normas de las Fuerzas Armadas: la Ley de la Carrera Militar y la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

La Ley de la Carrera Militar, en el apartado III de su preámbulo dice: "la igualdad efectiva de mujeres y hombres en todo lo relacionado con el acceso a las Fuerzas Armadas, su formación y carrera militar es otro de los objetivos de la ley".

Este enunciado, aunque encierra también una cierta confusión pues, a nuestro juicio, hubiera sido más correcto hablar de "principio", en la inteligencia de que se trata de un criterio base que debe informar el contenido de la ley, sí deja claro, en cualquier caso, que la igualdad es una prioridad en el ámbito de las FAS.

Más adelante, en su art.6.1 dice "La igualdad de trato y de oportunidades es un principio que en las Fuerzas Armadas se aplicará de conformidad con la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres...". El legislador, que vuelve a confundir "igualdad

de trato" con "igualdad de oportunidades"(concepto éste último que, en mi opinión, apunta más a la igualdad material), establece la aplicación del principio de igualdad de acuerdo con la llamada ley de igualdad (dicha ley, en su art.65, dice: "Las normas sobre el personal de las Fuerzas Armadas procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres..."; y su art. 66 dice que "Las normas referidas al personal de las Administraciones Públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y conciliación ...serán de aplicación en las Fuerzas Armadas..."), artículo éste último que tendrá su reproducción casi literal en el art.6.2 de la Ley de la Carrera Militar.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas dice: "En las Fuerzas Armadas no cabrá discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2. Las autoridades competentes promoverán las medidas necesarias para garantizar que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la igualdad entre el hombre y la mujer sea real y efectiva impidiendo cualquier situación de discriminación, especialmente en el acceso, la prestación del servicio, la formación y la carrera militar".

El RD 293/2009 de 6 de marzo por el que se aprueban medidas de protección de la maternidad en el ámbito de enseñanza de las Fuerzas Armadas ha sido una de las últimas normas en actualizarse y es de destacar pues es especialmente contundente en su preámbulo: "La igualdad de trato y de oportunidades se configura como un principio informador transversal en el desarrollo normativo y en las actuaciones relacionadas con la enseñanza militar".

La igualdad como derecho en las Fuerzas Armadas

Ésta, si cabe, es la dimensión más difusa de la igualdad en el seno de las FAS, pues, a pesar de que, como ciudadanos, los militares están amparados por el art.14 y 9.2 CE, sólo podrían encontrar en el artículo 4 de la LODDFA, ya mencionado, un precepto que acoja tal derecho subjetivo a exigir igualdad de trato, quizás por la propia idiosincrasia de las Fuerzas Armadas, de la que antes hablábamos.

No obstante, existe base legal suficiente para ejercer la tutela judicial efectiva ante un trato injusto, como lo demuestra el hecho de que, ya en el año 1991, una mujer pudo obtener del TC la

declaración de inconstitucionalidad de su inadmisión por el Ministerio de Defensa para el ingreso en la Academia General del Aire por ser contraria al art.14 de la Constitución¹⁸⁵.

Igualación positiva en las Fuerzas Armadas

A nuestro juicio, en el conjunto de normas que regulan y ordenan la vida de las FAS no existen ni medidas de igualación positiva ni de acción positiva . Sí cabe, en cambio, hablar de simples medidas de incentivación e incluso de medidas protectoras.

Una medida de igualación positiva es un trato formalmente diferente cuya finalidad es lograr la igualdad entre ciudadanos, considerados como individuos y basan la diferenciación en la inferioridad del beneficiado , determinada por rasgos individuales, objetivos, indudables e intemporales.

Una acción positiva , dijimos que es un trato formalmente diferente que favorece a un colectivo por poseer un rasgo diferenciador común , transparente e inmodificable (y que constituye una cláusula específica de no discriminación, como el sexo).

Pues bien, de acuerdo con esa definición no podemos calificar de igualación ni de acción positiva a ninguna de las medidas antes mencionadas (flexibilidad horaria, conservación de derechos económicos por disfrute del permiso de maternidad, aplazamiento de cursos por embarazo o parto, etc) pues, como dijimos en la introducción, ésto es el simple reconocimiento de derechos a quien no los tenía.

¿Acaso es un trato desigual el que una soldado que ha quedado embarazada pueda disfrutar durante 4 meses de su permiso de maternidad sin merma de derechos económicos? ¿Es un trato desigual que a la soldado que es víctima de violencia de género se la permita cambiar de destino? ¿Es un trato desigual que una soldado pueda disfrutar de dos horas diarias por lactancia? Parece que la respuesta debe ser no. Y si no cumplen estas medidas ni el primer requisito para apreciar una medida de igualación positiva o de acción positiva (el trato desigual), mucho menos podremos hablar de tales.

Ni siquiera las medidas de promoción de la presencia de la mujer en los procesos de solución de conflictos armados, que ha auspiciado la resolución 1325 ONU o la exigencia a las mujeres

¹⁸⁵ STC 216/1991, de 14 de noviembre

de una menor puntuación para superar las pruebas físicas de ingreso en las FAS (en éste último caso, como mucho cabría hablar de medidas de acción positiva moderadas) permitiría hablar más que de medidas de incentivación.

Las medidas protectoras. A nuestro juicio, existen, aunque no están previstas en ninguna norma legal o reglamentaria, sino que son decisiones que el mando militar toma discrecionalmente. Y aunque, en principio, ello bastaría para no mencionarlas aquí, pues éste es un trabajo jurídico y en el que, por tanto, no deberíamos hablar de hechos, creo nuestro deber mencionarlas para no llevarnos a engaño sobre cuál es la realidad de las FAS, lejos de lo ideal.

La más habitual es la práctica de derivar o derivarse (por parte de las propias mujeres) hacia puestos administrativos, logísticos o, en definitiva, no operativos. Ello requiere una explicación. En las FAS, lo normal es que el militar, sea cual sea su rango, a medida que va cumpliendo antigüedad en el servicio, acceda a ocupar puestos menos operativos y más administrativos. Es decir, un soldado-alumno, por ejemplo, ingresará como miembro de una unidad operativa (un pelotón de infantería ligera, por ejemplo) y a medida que pase el tiempo podrá aspirar a ser escribiente en una Plana Mayor o a ocupar un puesto logístico en una Compañía de Servicios o simplemente un puesto no operativo. Sin embargo, ésto en el caso de las mujeres no ocurre. A menudo (y por propia petición, tras ser asesoradas en la Subdelegación de Defensa correspondiente), ingresan en las FAS directamente como escribientes, administrativas, sanitarias, en puestos logísticos o bien, una vez dentro de las Fuerzas Armadas, se las encuadra en puestos tácticos más “cómodos”. ¿Por qué ocurre ésto? Pues porque, tanto ellas como el mando militar correspondiente, saben que no están capacitadas para afrontar la dureza de las prácticas, ejercicios y maniobras militares, tales como realizar marchas tácticas de cuarenta kilómetros cargados con una mochila de treinta kilos, portar una ametralladora de ocho kilos, además de su equipo (algunos análisis médicos sostienen que hay entre un 20% y 40% de diferencia en la capacidad promedio de cargar peso, en el consumo de oxígeno y otros parámetros claves para lidiar con una situación de combate prolongado), etc.

De ahí que cuando entramos a estudiar en detalle la presencia de la mujer en las FAS, encontramos que existe una gran descompensación entre los diferentes Cuerpos, Armas y unidades (elevado número de personal femenino en Compañías de Transmisiones, por ejemplo y escaso número de ellas en unidades de Infantería).

Tras estas consideraciones, la pregunta es: ¿están fomentando las mujeres y los propios mandos con esa actitud el mantenimiento de un determinado rol (el de que la mujer no puede afron-

tar determinados retos y por tanto es mejor derivarla directamente a una oficina?) Y por tanto, ¿estamos ante una medida protectora y en consecuencia contraria al principio de igualdad?

Sea cual sea la respuesta, creemos que debería obrarse en el mismo sentido en el que hablaba Alexis de Tocqueville a propósito de los norteamericanos. Éste decía: “Los norteamericanos no creen que el hombre y la mujer deban o tengan derecho a hacer las mismas cosas; pero respetan igualmente el lugar que ocupa cada uno de ellos en la sociedad, y los consideran como seres cuya importancia es igual, aunque su destino sea diferente”¹⁸⁶.

7.2 DERECHO A LA VIDA

Previsto en el artículo 15 de la Constitución: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas 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”.

La Ley Orgánica 11/1995 de 27 de noviembre, impulsada por el ex ministro Belloch, suprimió la pena de muerte en tiempo de guerra, de modo que el legislador orgánico ha aclarado el inciso final de tal artículo.

No obstante, según la lectura literal de la Constitución, la regulación de la pena de muerte en tiempo de guerra se deja a criterio del legislador orgánico, con lo que nada impide que en el futuro se vuelva a instaurar dicha pena.

7.3 LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CULTO

Está prevista en el artículo 16, como es sabido: “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. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones”.

¹⁸⁶ TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, Tomo II, Madrid, Alianza Editorial, 2011, pág. 273

Y el artículo 177 de la Ley 85/1978 de 28 de diciembre de Reales Ordenanzas, en vigor hasta hace dos años, en virtud de la Disposición derogatoria única de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar, decía: “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”.

Es obvio que no se puede coartar el pensamiento por lo que este artículo, dice Laguna, se refiere “más a la forma de exponer públicamente este pensamiento y al derecho del soldado a no recibir presiones que puedan condicionarlo psicológicamente”¹⁸⁷.

Consideremos, pues, la libertad religiosa. Como dice Cotino, “los Ejércitos, no han dudado en hacer suyos los ritos, la veneración y las ceremonias al Estado y la Nación y sus símbolos”¹⁸⁸. Pues bien, al respecto se han producido supuestos de hecho interesantes en la vida diaria de los cuarteles de los cuales podemos extraer algunas conclusiones.

Por ejemplo, la STC 177/1996, resuelve un recurso de amparo interpuesto por un militar que fue obligado a participar en un desfile militar de homenaje a una Virgen, declarando que “el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no formar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas, que como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 de la Constitución. En consecuencia, aún cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa”¹⁸⁹.

El TC, por tanto, ha amparado tanto la dimensión interna del derecho a la libertad religiosa como la externa, es decir, el derecho a profesar las creencias que se estime oportuno como el de actuar con arreglo a tales creencias frente a terceros.

¹⁸⁷ LAGUNA SANGUÍRICO, F., El militar ciudadano de uniforme, *Revista de Estudios Políticos*, nº 56, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, pág. 126.

¹⁸⁸ COTINO HUESO, L., La necesidad de una plena constitucionalización del complejo nexo de la religión y las Fuerzas Armadas. Algunas cuestiones pendientes. *Boletín de la sociedad española de ciencias de las religiones*, nº 15, Madrid, Trotta, 2001, pág. 18

¹⁸⁹ STC 177/1996, de 11 de noviembre de 1996, BOE de 17 de diciembre de 1996

Algunos autores, no obstante, han llegado a reclamar la ausencia de dichos actos de la institución militar “en atención al carácter aconfesional del Estado y a la obligación de neutralidad”¹⁹⁰, opinión que compartimos.

Desgraciadamente, por nuestra experiencia, estos incidentes se reproducen año tras año pues el soldado, el alumno de la enseñanza militar e incluso algunos mandos acatan participar en tales actos por miedo a represalias. Un ejemplo en el que participamos en su momento es la procesión del Corpus en Toledo, donde los cadetes de la Academia de Infantería son obligados a participar.

Por otra parte, actualmente, la legislación también protege la dimensión objetiva de este derecho, que obliga al Estado a poner los medios adecuados para hacer efectiva la asistencia religiosa pues la Disposición adicional octava de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar garantiza la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas, dentro del marco de los acuerdos que el Estado suscritos con la Iglesia católica, federaciones evangélicas, comunidad judía e islámica.

Por su parte, el artículo 73 del RD 96/2009 por el que se aprueban las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas protege el derecho del militar a desenvolverse en su unidad en plano de igualdad con los demás, independientemente de sus creencias religiosas. Precepto, que a nuestro juicio, no se materializa realmente en las Fuerzas Armadas pues aún se advierte la preeminencia de la Iglesia católica y del arzobispado castrense en todos los actos de la vida militar, como los homenajes a los que dieron su vida por España.

Quizás sería deseable caminar hacia una laicidad, en el sentido en el que emplea el término el profesor Llamazares: “...excluye siempre todo tipo de hostilidad hacia las creencias religiosas. Una de sus características es justamente la neutralidad, tanto religiosa como ideológica y la consiguiente imparcialidad del Estado, de las instituciones y poderes públicos, de las autoridades y funcionarios públicos, en relación con las convicciones o creencias de los ciudadanos”¹⁹¹.

Afortunadamente, la nueva Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas reemplaza, de nuevo, la regulación mencionada anteriormente, en los términos que veremos más adelante.

¹⁹⁰ PRESNO LINERA, M.A., Los límites a los límites de los derechos fundamentales de los militares, *Boletín de Información* 278, Madrid, Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, 2003, pág. 76

¹⁹¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Colección Pacto para la convivencia nº1, Cátedra de laicidad y Libertades Públicas Fernando de los Ríos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, Dykinson, 2005, pág. 10

7.4 LIBERTAD Y SEGURIDAD

Previstos ambos en el artículo 17 de la Constitución: “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”.

A continuación, la Constitución prevé una serie de garantías como la duración estrictamente necesaria de la detención, la puesta en libertad o la disposición judicial en el plazo de setenta y dos horas, el derecho a ser informado, a no declarar y a ser asistido de letrado, así como el derecho al “habeas corpus”, es decir, el derecho a que se comunique a un juez el hecho de la detención y a que éste decida sobre su legalidad; y garantías de la prisión provisional que debe tener una duración máxima prevista por la ley.

Se trata, en definitiva, del “principio conforme al cual la persona puede actuar de una forma o de otra o no obrar, desde su responsabilidad, sin estar sujeto a coacciones o limitaciones indebidas”¹⁹², en expresión de Alzaga.

Respecto al derecho a la seguridad, se trata de la garantía de no sufrir detenciones no procedentes, desde el punto de vista legal.

El artículo 25 de la Constitución, por otra parte, permite “a sensu contrario” que la administración militar pueda imponer sanciones que impliquen la privación de libertad y en tal potestad se basa toda la legislación penal militar y el propio régimen disciplinario aprobado por la Ley 8/1988 de 2 de diciembre.

Pues bien, la regulación de los derechos de libertad y seguridad en el ámbito militar, en palabras del profesor Fernández Segado, “no ofrece particularidades esenciales y sí tan sólo modalidades formales derivadas de su particular misión y condición”¹⁹³.

En la Ley 2/1989 de 13 de abril, Procesal Militar, se contienen la mayoría de las especialidades a las que nos hemos referido en relación a la detención y prisión del militar. La mayoría de

¹⁹² ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978, T. II*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, pág. 82

¹⁹³ FERNÁNDEZ SEGADO, F., Los límites de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, *Boletín de Información nº 215*, Madrid, Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, 1989, pág.23

tales especialidades se deben, en opinión de Casado Burbano a la “exigencia de que los militares permanezcan plena y continuamente a disposición de sus mandos naturales”¹⁹⁴:

En primer lugar, el artículo 200 consagra en el ámbito militar el principio de legalidad pues dice que el militar sólo podrá ser detenido en los casos previstos por la ley.

A continuación, se suceden una serie de artículos destinados a regular los aspectos procesales de la detención, de los cuales, por ejemplo, destaca que la elevación de la detención a prisión se hará por medio de auto y que éste será susceptible de recurso de apelación (art. 204); por otra parte, según el artículo 205, la detención deberá practicarse a través del jefe del militar detenido, con carácter general.

La detención, por otra parte, se cumplirá en establecimiento militar, según el artículo 208.

Según el artículo 210, el militar detenido sólo permanecerá en dependencias policiales, gubernativas u otras no militares el tiempo indispensable para la práctica de las diligencias.

De acuerdo con el artículo 212, el militar detenido debe acreditar su identidad y condición en el momento de la detención.

El artículo 213 exige que los traslados del militar detenido o sobre el que hubiera recaído el auto de prisión se efectúen por militares de igual o superior rango.

Como peculiaridad del derecho procesal militar, señalemos que el artículo 234 no admite la libertad provisional con fianza en los procesos seguidos ante la Jurisdicción militar.

El capítulo X contiene una serie de disposiciones comunes a los anteriores artículos, entre las cuales figura la intervención del Juez en la salvaguardia del respeto y consideración debidos al militar de acuerdo con su dignidad y empleo (art. 237).

Por su parte, la Ley 8/1988, de 2 de diciembre de régimen disciplinario dice en su artículo 55 que “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

¹⁹⁴ CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1986, pág. 130

arresto preventivo”. Pues bien, citamos este precepto pues es de gran aplicación en el ámbito castrense y en su caso no cabría reclamar la presencia de un juez togado como sí ocurre en el ámbito civil. No es de extrañar que plantee en el ámbito de la doctrina numerosas dudas de constitucionalidad.

7.5 LIBERTAD DE RESIDENCIA Y CIRCULACIÓN

Son derechos reconocidos por el artículo 19 de la Constitución: “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”.

En el caso del militar, ambos derechos están restringidos en aras de la disponibilidad para el servicio, concepto jurídico indeterminado previsto, entre otros, en el artículo 20 del RD 96/2009 de Reales Ordenanzas y en aras de “las necesidades del servicio”, concepto que discurre en el mismo campo semántico: asegurar que se podrá reclamar al militar en cualquier momento y circunstancia y que justifica la cancelación de permisos, vacaciones, el nombramiento de guardias de seguridad, etc. Las Ordenes Ministeriales 121/2006 de 4 de octubre por la que se aprueban normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias, y 107/2007 de 26 de julio, que la modifica, de hecho, recurren frecuentemente a este concepto.

En primer lugar, el militar tiene el deber de residir en la plaza donde desempeñe su función y a pesar de que en la práctica se advierte laxitud en la aplicación de esta norma el propio Tribunal Constitucional, en su auto 81/1985 admite restricciones “derivadas de las necesidades o conveniencias del servicio al Estado que presta el titular¹⁹⁵”.

Desde el punto de vista del derecho disciplinario, la ausencia injustificada del destino será falta leve si es inferior a veinticuatro horas, según el art. 7.10 y grave, si dura entre veinticuatro horas y tres días, de acuerdo con el art. 8.27 del régimen disciplinario. En caso de que supere los tres días, constituiría un delito militar, sancionado lógicamente por el Código Penal militar (art.119).

¹⁹⁵ ATC 81/1985, de 6 de febrero de 1985, FJ 2

En la práctica diaria de las unidades, sin embargo, no es habitual que se procese a alguien por tal conducta, reconduciéndose hacia una falta grave, en aras de simplificar los trámites administrativos.

Respecto a la libertad de circulación, la Ley 85/1978 de 28 de diciembre de Reales Ordenanzas preveían la obligación de todo militar que deseara viajar al extranjero de comunicarlo a sus superiores jerárquicos. Hoy en día, tal imperativo ha sido derogado pero se mantiene tal exigencia por la sencilla razón de que la mayoría de los militares desconocen que tal norma ha sido derogada, algo de lo que se aprovechan convenientemente algunos mandos militares aprobando, incluso, “Normas particulares” (normas aprobadas por el jefe de la base o acuartelamiento) que siguen exigiendo tal comunicación.

7.6 LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Decía Stuart Mill, que “aunque cada cual se reconoce falible, son muy pocos quienes toman precauciones contra su propia falibilidad o admiten la suposición de que una opinión de la que están muy seguros puede ser uno de los ejemplos del error...”¹⁹⁶. En efecto, en las Fuerzas Armadas, es preceptivo mantener la unidad, la disciplina y la jerarquía entre todos sus miembros; y permitir las contiendas ideológicas, la expresión libérrima y la discusión de las órdenes recibidas traería como consecuencia una intolerable desvertebración y desunión en una institución que debe caracterizarse por lo contrario. Pero

Reconocida por el art. 20.1 de la Constitución, es la facultad de manifestar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones por medio de la palabra, escrito, o cualquier otro medio, así como el de recibir o comunicar información sin injerencia de autoridad pública.

Está sujeta a limitaciones, en aras de los intereses de la defensa nacional, como se ha visto en sede de principios. En efecto, el militar debe evitar expresiones que socaven la disciplina, ha de ser reservado y guardar el debido secreto, ha de ser leal al sistema político y neutral en la pugna partidista.

¹⁹⁶ STUART MILL, J., *De la libertad*, Barcelona, Ed. Acantilado, 2013, pág. 30

Se trata, por tanto, de evitar, en palabras del TC, en su sentencia 97/1985, “disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8.1 de la Constitución les asigna, una especial e idónea configuración”¹⁹⁷.

En otra sentencia, el TC afirma que “el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, en particular mediante escritos...”¹⁹⁸.

Pues bien, este derecho estaba contemplado en el artículo 178 de la Ley 85/1978 de 28 de diciembre de Reales Ordenanzas, vigente hasta hace pocos meses, en virtud de la Disposición derogatoria única de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar, como ya hemos mencionado repetidamente: “El militar tiene derecho a la libertad de expresión pero necesitará autorización previa para su ejercicio cuando trate cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que sólo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las Fuerzas Armadas”.

Al respecto, siguiendo a Laguna Sanguirico, tanto las “cuestiones que pudieran perjudicar a la seguridad nacional” como “datos que sólo pueda conocer por razón de su destino o cargo” deben interpretarse “en sentido amplio”¹⁹⁹ pues, en el primer caso, sólo se refiere a los asuntos que, realmente, tienen relación con la seguridad nacional y en el segundo que lo que se está prohibiendo, realmente, es utilizar en beneficio propio tales datos.

Respecto a la vertiente disciplinaria de estos derechos, de acuerdo con la Ley 8/1988 de 2 de diciembre de régimen disciplinario, la expresión pública de opiniones lleva aparejada la comisión de una falta leve (art. 7.31) o grave (art. 8.18), dependiendo de si se trata de meras manifestaciones con infracción del deber de neutralidad o que afecten al respeto a los Tribunales de Justicia (falta leve) o de si se trata de expresiones que se realicen en un medio de comunicación social o con carácter colectivo (falta grave).

En éste último caso, es interesante puntualizar que lo que se está castigando, más que el hecho de emplear medios de comunicación social es el hecho de no emplear los cauces apropiados y

¹⁹⁷ STC 97/1985, de 29 de julio de 1985, FJ 4, BOE de 14 de agosto de 1985

¹⁹⁸ STC 371/1993, de 13 de diciembre, FJ 5, BOE de 19 de enero de 1994

¹⁹⁹ LAGUNA SANGUIRICO, F., El militar, ciudadano de uniforme, *Revista de Estudios Políticos nº 56*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, pág. 128

sobre todo que ello se haga con ánimo de hacer daño, de provocar un problema interno en el seno de las Fuerzas Armadas.

Pero también, de alguna forma, se está coartando la libertad de expresión a través de otros preceptos como el 7.12, que castiga la falta de respeto a superiores o las réplicas desatentas, el 7.14, que castiga las reclamaciones realizadas fuera de los cauces reglamentarios, el 7.29 que castiga las expresiones irrespetuosas o contrarias a la Constitución, la Corona, las demás instituciones, la bandera, el escudo, el himno nacional, así como contra representantes de otras naciones o ejércitos extranjeros o sus mandos y autoridades.

En sede de faltas graves, de nuevo, el 8.10, asimismo, castiga la conducta consistente en incumplir las normas de obligada reserva sin causar perjuicio a la seguridad nacional y el 8.32 castigaría la conducta tipificada en el 7.29 pero siempre que constituya un menosprecio grave.

En su más grave modalidad podrían constituir delitos los actos mediante los cuáles se revelasen secretos o se pusiese en peligro la seguridad nacional (art. 53 y ss del CPM), delitos de ultraje o injurias (art. 87 y ss) o bien delitos de insulto a un superior (arts. 98 y ss).

En un epígrafe posterior veremos qué tratamiento legal se confiere a este derecho por parte de la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

7.7 DERECHO DE REUNIÓN

Es el derecho al que el Consejo de Estado Francés, en definición recogida por el profesor Alzaga, caracteriza como la “unión eventual de personas, para oír la expresión de ideas y opiniones o para llegar a un acuerdo sobre la defensa de intereses”²⁰⁰.

Está regulado por el art. 21 de la Constitución: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro

²⁰⁰ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978, T.II*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, pág. 127

para personas o bienes”. Vemos, por tanto, que la Constitución nada dice del derecho de reunión del personal militar.

Por otra parte, la Ley Orgánica 1/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, de hecho, se remite a la legislación específica militar, lo que nos llevaba hasta el año 2011 al artículo 180 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre de 1978, en vigor hasta ese momento, en virtud de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar. Este artículo decía que “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”.

Tales limitaciones (fines lícitos, autorización expresa dentro de establecimientos militares, apoliticidad) atendían a la idea de que es, precisamente, en las reuniones donde se podrían difundir eventualmente ideas políticas subversivas y donde se podrían defender intereses colectivos que atenten a los principios de neutralidad y disciplina.

En la vertiente negativa, el artículo 8.33 de la Ley 8/1998 de 2 de diciembre del régimen disciplinario, sanciona la conducta de asistir a reuniones clandestinas y el artículo 8.34 la de quien asiste “de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión o manifestación si tienen carácter político o sindical”, lo que quiere decir que asistir sin uniforme o sin hacer gala de ser militar sería una conducta no tipificada.

Por su parte, el artículo 92 del Código Penal Militar, tipifica el delito de sedición militar como el hecho de realizar una reunión clandestina “para ocuparse de asuntos del servicio”, lo que supone un grado más de gravedad en tal conducta.

Una vez más, nos remitiremos a epígrafes posteriores para discernir la regulación actual de este derecho por parte de la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

7.8 DERECHO DE ASOCIACIÓN

Reconocido por el artículo 22 de la Constitución, dice así: “Se reconoce el derecho de asociación. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”(asociaciones paramilitares son aquéllas que teniendo cierta organización y estructura militar, tienen fines espúreos o al margen de la ley; antiguamente los somatenes; hoy día la secta Nueva Acrópolis, por ejemplo).

Dice Cobo del Rosal, que “la libertad de asociación, como derecho fundamental de todos los ciudadanos ha sido habitualmente reconocida en nuestra historia constitucional, así como por parte de las Declaraciones de Derechos Humanos de distintas organizaciones internacionales. Ahora bien, semejante reconocimiento en modo alguno es absoluto, pues suele ir acompañado de limitaciones, más o menos amplias, que se pretenden conciliar con el fundamento mismo de la libertad de asociación”²⁰¹

Efectivamente, tanto el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 prevén que “el ejercicio de este derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en el interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía”.

Y la Constitución, aunque no prohíbe el derecho de asociación a los miembros de las Fuerzas Armadas, ya fija algunos límites, si bien es cierto que no sólo de aplicación a los militares sino a todo aquél que lo ejerza.

Una asociación implica ejercitar una de las libertades colectivas; “es una entidad con personalidad jurídica, con vocación de permanencia, con un mínimo de organización”²⁰² y que pretende promover y defender intereses comunes. Por ello es fácil entender que el asociacionismo haya estado tradicionalmente vetado al militar, pues comprometerse con una línea ideológica puede suponer un serio obstáculo a la neutralidad y a la subordinación al poder civil que se exigen al militar.

²⁰¹ COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J., Constitucionalización de los límites penales al derecho de Asociación, en *Derecho Penal y la Constitución*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, pág.27 y ss.

²⁰² CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1986, pág. 147

Pues bien, la Ley 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, se remite en su artículo 3, a la legislación militar. Hasta el año 2011, esta remisión lo era a las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Hoy en día, esta remisión se entiende efectuada a la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. No obstante, es interesante hacer referencia a los artículos 181 y 182 de la Ley 85/1978 de 28 de diciembre de Reales Ordenanzas pues han supuesto en la práctica que a pesar de la STC 219/2001, el derecho de asociación ha estado proscrito hasta la entrada en vigor de la nueva Ley 9/2011.

Los artículos 181 y 182 de las anteriores Reales Ordenanzas contenían el siguiente régimen:

Artículo 181: “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: “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 aquéllas que se refieren 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.

Los militares no profesionales, durante el tiempo de prestación de su servicio en las Fuerzas Armadas, podrán mantener la afiliación que con anterioridad tuvieran, pero se abstendrán de realizar actividades políticas o sindicales”.

Esta regulación hoy en día está derogada por la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas pero por la misma razón por la que estos artículos se han seguido aplicando años después de que el TC en su sentencia 219/2001 reconociese el derecho de asociación (exactamente, diez años más), también merece la pena seguir examinando estos artículos por las consecuencias jurídicas que aún hoy han tenido que sufrir muchos militares.

Piénsese que en muchos acuartelamientos se siguen utilizando las antiguas Reales Ordenanzas, ignorando flagrantemente la nueva legislación.

Pues bien, “la facultad del legislador de restringir el derecho de asociación está sometida a ciertos límites constitucionales”²⁰³:

- En primer lugar, debe hacerse por medio de ley orgánica (SSTC 101/1993 y 173/1998²⁰⁴).
- Segundo: debe ser cierta y previsible o como dice literalmente la STEDH “asunto Rekvenyi contra Hungría”, de 20 de mayo de 1999, debe haber “certainty...foreseeability”²⁰⁵.
- Tercero: debe ser “proporcionada y respetuosa con el contenido esencial del Derecho”²⁰⁶.

Sin embargo, los artículos 181 y 182 de la Ley 85/1978 de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas, vigentes muchos años después de la STC 219/2001 que legalizaba el derecho de asociación de los militares, como ya hemos dicho, pecaban de algo más: y es que se contenían en una ley que no tenía, ni siquiera rango de ley orgánica lo que supone, a nuestro juicio, una clara inconstitucionalidad pues durante años se ha estado regulando un derecho fundamental por ley ordinaria. Si es cierto, como afirmaba el maestro Hans Kelsen que “el fundamento de validez de una norma solo puede encontrarse en la validez de otra norma” y que “una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado...sino por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica”²⁰⁷, nos preguntamos cuál era la validez que los legisladores creían que tenía tal norma y cómo es posible que tal norma haya estado en vigor tantos años en España, tras la aprobación de la Constitución.

En cualquier caso, prohibían como hemos visto, que el militar realizase cualquier actividad política, sindical o reivindicativa, así como condicionar su trabajo al logro de sus intereses e igualmente el derecho de huelga.

Por el contrario se le permitía afiliarse a asociaciones culturales, deportivas, sociales o religiosas, en la inteligencia de que en el seno de las mismas no cabría ningún ánimo político.

²⁰³ PRESNO LINERA, M.A., Los límites a los límites de los derechos fundamentales de los militares, *Boletín de información*, n.º 278, Madrid, Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, 2003, pág. 81

²⁰⁴ SSTC 101/1991 de 13 de mayo, FJ 2, BOE de 18 de junio de 1991 y 173/1998 de 23 de julio, FJ 8, BOE de 18 de agosto de 1998

²⁰⁵ STEDH, “Rekvenyi contra Hungría”, de 20 de mayo de 1999, FJ 34

²⁰⁶ PRESNO LINERA, M.A., Los límites a los límites de los derechos fundamentales de los militares, *Boletín de información*, n.º 278, Madrid, Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, 2003, pág. 81

²⁰⁷ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pág. 202 y 205

Desde el punto de vista disciplinario, el artículo 7.32 de la Ley 8/1998 de 2 de diciembre, castiga la conducta de quien preste “colaboración a organizaciones políticas o sindicales sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida” (la reserva).

En su modalidad de falta grave, el artículo 8.34 castiga la conducta consistente en “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 en las leyes”.

La más grave de estas conductas constituiría un delito de sedición militar penado por el Código Penal Militar (art. 92).

La fundamental STC 219/2001, de 31 de octubre, ha sido interpretada por los juristas como un verdadero reconocimiento del derecho de asociación a los militares:

La sentencia resuelve el recurso de amparo presentado por la Hermandad de Personal Militar en Situación Ajena al Servicio Activo frente a la negativa del Ministerio a inscribir en el Registro de Asociaciones una modificación de sus estatutos, fundada en que la asociación tenía como fin propio “realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles tanto en el aspecto económico como en el moral o social”, lo que contravenía, a juicio del Ministerio de Defensa, el artículo 181 de las Reales Ordenanzas (las anteriores) que, como es sabido, prohíbe la participación de militares en asociaciones y sindicatos con fines reivindicativos.

Señala el Constitucional, que el derecho de asociación “se refiere a un género dentro del cual caben modalidades específicas”, entre ellas las de las asociaciones con especial relevancia constitucional, como los sindicatos, los partidos y las asociaciones empresariales. Sin embargo, nada permite afirmar que una asociación por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, sea un sindicato. Ello supondría una indebida extensión del concepto de sindicato, al ignorar otros rasgos que lo caracterizan (tales como la huelga, la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo).

Tras una prolija argumentación a la que dedicaremos más atención en otro epígrafe, dice el TC que por todo ello, “la denegación de la inscripción ha entrañado una lesión del derecho de aso-

ciación de la Hermandad recurrente”²⁰⁸. Esta afirmación sirve de base a la afirmación de que desde el año 2001, el derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas es constitucional, a pesar de la indiferencia del legislador y de los Ejecutivos popular y socialista. Y esta sentencia 219/2001 ha sido, sin duda, la espita que encendió definitivamente la mecha que llevó a la promulgación años más tarde de la nueva Ley Orgánica de derechos y deberes.

7.9 DERECHO DE SINDICACIÓN

Según el artículo 28. 1 de la Constitución “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio del 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. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.

Pues bien, la LOLS 11/1985, de 2 de agosto optó por excluir tal derecho a los militares. Y los artículos 181 y 182 de la Ley 85/1978 de 28 de diciembre de Reales Ordenanzas, vigentes hasta hace poco tiempo merced a la Disposición derogatoria única de la Ley 39/2007, lo excluían, asimismo, del ámbito castrense.

Desde el punto de vista disciplinario, nos remitiremos aquí a lo mencionado en el anterior epígrafe respecto al derecho de asociación pues todas las consideraciones hechas son aplicables igualmente aquí. No obstante, estamos de acuerdo en que, en aras de la deseada neutralidad y de la necesidad de proscribir del ámbito militar todo conflicto político o ideológico, el derecho de sindicación debe quedar fuera del estándar de derechos del militar. Es cierto que otros ejércitos como el alemán, el sueco, el holandés permiten sindicarse a sus militares pero es igualmente cierto que nuestra cultura y la de los países nórdicos es diametralmente diferente.

7.10 DERECHO DE HUELGA

Se trata de un derecho fundamental, muy relacionado con el de sindicación consistente en detener la actividad laboral para defender con tal medida de presión los derechos del trabajador. Está previsto en el artículo 28.2 de la Constitución: “Se reconoce el derecho a la huelga de los tra-

²⁰⁸ STC 219/2001, de 31 de octubre de 2001, BOE de 30 de noviembre de 2001

bajadores 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”.

Pues bien, una vez más debemos remitirnos a la legislación militar. Hasta el año 2011 han sido de aplicación los artículos 181 y 182 de la Ley 85/1978 de 28 de diciembre de Reales Ordenanzas, vigentes en virtud de la Disposición derogatoria única de la Ley 39/2007 de la carrera militar. De acuerdo con ellos, el militar no podía efectuar ningún tipo de huelga, en buena lógica, pues supondría interrumpir la Defensa Nacional bajo pretexto de mejorar las condiciones laborales, poniendo con ello en peligro la seguridad de la Nación.

Esta prohibición permanece en la actualidad pues no está contemplado en la nueva Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y entendemos, como hemos dicho, que así debe continuar si se quiere ser fiel al significado de la vida militar.

El Código Penal Militar, también pena tal conducta, considerándola un delito de sedición.

7.11 DERECHO DE PETICIÓN

Su contenido es la “facultad de dirigir solicitudes a las autoridades o a los órganos de representación popular”²⁰⁹.

Es un derecho restringido al ejercicio individual, como veremos ahora, debido al temor al efecto intimidante que sobre la autoridad civil puede ejercer una petición colectiva del estamento militar y debido al perjuicio grave que podría sufrir la disciplina, de no respetarse lo que en términos castrense se llama el “conducto reglamentario” a la hora de presentar quejas.

En efecto, el artículo 29.2 de la Constitución dice que “Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica”. De modo que no es aplicable aquí la Ley Orgánica 4/2001 de 12 de noviembre reguladora del derecho de petición sino la propiamente militar.

²⁰⁹ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., Derechos y deberes del Militar Profesional, *Revista Española de Derecho Militar*, n° 77, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, pág. 470

De nuevo, debemos remitirnos, por tanto, a la legislación militar, en concreto al artículo 38 de la Ley 85/1978 de 28 de diciembre de Reales Ordenanzas que ha sido de aplicación hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica de derechos y deberes de los militares. Éste artículo exigía a quien tuviera alguna queja sobre asuntos del servicio que al transmitirlo a sus superiores “lo haga de buen modo y por el conducto reglamentario. Todo ello sin perjuicio de ejercitar los derechos o acciones que legalmente le corresponden”.

Por su parte, el artículo 7.14 de la Ley 8/1988 de 2 de diciembre de régimen disciplinario castiga “Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados”. Y el artículo 8.18 tipifica como falta grave la conducta de “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”.

Desde el punto de vista penal, el artículo 92 del Código Penal Militar castiga la modalidad más grave de esta conducta, constituida por la sedición.

8. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PERSONAL MILITAR

8.1 EL CEDH Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

De acuerdo con el artículo 10. 2 de la Constitución española, las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas han de interpretarse en relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España en la materia. Pues bien, en materia de derechos fundamentales, son referencias capitales para el Derecho español dos tratados: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, ambos ya mencionados.

No obstante, en ambas normas hay cláusulas de excepción a algunos derechos y éstas están basadas en las mismas razones: la salvaguarda de la seguridad nacional, el orden público y la moral y el respeto a los derechos de los demás (por ejemplo, derecho a la vida privada y familiar, libertad de domicilio, privacidad de la correspondencia, libertad de manifestar las creencias o la libertad de

expresión) También en ambas se menciona la restricción de algunos derechos del personal militar como la del derecho de asociación, sindicación o reunión pacífica.

Pero además, España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio, se reservó la aplicación de "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". La resolución de 24 de septiembre de 1986 del Ministerio de Asuntos Exteriores²¹⁰ declaró referida esta cláusula al, por entonces, nuevo régimen disciplinario, una vez derogado el anterior Código de Justicia Militar y hoy hemos de entenderla referida al actual régimen disciplinario, aprobado por Ley Orgánica 8/1998 de 2 diciembre.

8.2 LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha forzado a muchos países miembros a reformar sus legislaciones y es, a menudo, traída a colación como argumento de autoridad por los jueces y tribunales españoles.

Además, el Protocolo número 11, ratificado por España mediante Instrumento de 28 de noviembre de 1996 (BOE de 26 de junio de 1998), permite ya el acceso directo ante el TEDH, una vez agotadas las instancias judiciales nacionales.

8.3 LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL MILITAR

El Tribunal Europeo de Derechos entiende que las restricciones a los derechos que impone el Convenio se explican por las especiales responsabilidades y obligaciones de los miembros de las Fuerzas Armadas.

²¹⁰ BOE, de 30 de septiembre de 1986

Según la sentencia de 8 de junio de 1976, "asunto Engel y otros contra el Estado holandés" se establece que cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar, gozando en la materia de un cierto margen de apreciación. Los límites que a los Estados les impone el artículo 5(derecho a la libertad y la seguridad) no son idénticos para civiles y militares: "Each State is competent to organise its own system of military discipline and enjoys in the matter a certain margin of appreciation. The bounds that Article 5 (art. 5) requires the State not to exceed are not identical for servicemen and civilians"²¹¹. En definitiva, el Tribunal está explicando que la vida militar y la civil son muy diferentes y son esas diferencias y peculiaridades las que permitirán eventuales restricciones de derechos.

8.4 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El TEDH se ha pronunciado sobre ella, entre otras, en sentencias de 16 de diciembre de 1992, caso "Hadjianastassiou contra Grecia"; de 19 de diciembre de 1994, caso "Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs (Asociación Democrática de Soldados Austríacos) y Gubi contra Austria"; de 26 de septiembre de 1995, asunto "Vogt contra Alemania"; y de 25 de noviembre de 1997, caso "Grigoriades contra Grecia", etc. En general, en todas estas sentencias se pronuncian sobre la libertad de expresión y la aplicación del artículo 10 al personal militar.

De acuerdo con la sentencia "Vogt contra Alemania", que trata de la exclusión de la función pública de una maestra que militaba en el Partido Comunista Alemán, "Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and each individual's self-fulfilment"²¹², es decir, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada uno.

En la sentencia de 16 de diciembre de 1992, asunto "Hadjianastassiou contra Grecia", el Tribunal condena a un ingeniero que, tras servir en el Ejército, revela a una empresa un estudio militar sobre misiles. Pues bien, considera el Tribunal que las posibles restricciones a la libertad de expresión están permitidas en la medida en que se fundamenten en las peculiaridades de la vida militar, en los "deberes" y "responsabilidades" específicos del militar y que exige un deber de reserva: It is also necessary to take into account the special conditions attaching to military life and the specific "duties" and "responsibilities" incumbent on the members of the armed forces (see the Engel and

²¹¹ Sentencia "Engel y otros contra Holanda", de 8 de junio de 1976, FJ 59

²¹² Sentencia "Vogt contra Alemania", de 26 de septiembre de 1995, FJ 52

Others judgment, cited above, p. 41, para. 100). The applicant, as the officer at the K.E.T.A. in charge of an experimental missile programme, was bound by an obligation of discretion in relation to anything concerning the performance of his duties.²¹³"

Por su parte, la sentencia de 19 de diciembre de 1994, asunto "Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs (Asociación Democrática de Soldados Austríacos) y Gubi contra Austria", el TEDH se enfrenta a dos supuestos de hecho diferentes que desglosamos, a continuación.

Por una parte, tal asociación, editora de la revista "der Igel", sobre la vida militar, solicita, en 1987, al Ministerio que se permita su difusión en los cuarteles, al igual que ya ocurría con otras revistas. Tal petición fue desestimada por no identificarse la revista con las Fuerzas Armadas y en nombre de las facultades que el Estado tenía, como propietario de los cuarteles para impedir la entrada a quien estimase oportuno.

Respecto al segundo demandante, en diciembre de 1987, es arrestado a tres días, por distribuir dentro del acuartelamiento un ejemplar de la revista "der Igel". Aunque el Tribunal Constitucional anuló el arresto, desestimó la queja que había presentado el demandante ante la comisión de quejas del Ministerio en contra de la prohibición de distribuir la revista en su acuartelamiento. Pues bien, el Tribunal recuerda que el propio artículo 10.2 prevé que el ejercicio de la libertad de expresión puede ser restringido. Para que tales restricciones sean legítimas, no obstante, deben respetarse tres condiciones:

- a. Han de estar previstas por la ley
- b. Su fin ha de ser legítimo
- c. Deben ser razonablemente necesarias en una sociedad democrática

Dice la sentencia: "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 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"²¹⁴.

²¹³ Sentencia "Hadjianastassiou contra Grecia", de 16 de diciembre de 1992, FJ 46

²¹⁴ Sentencia, "Vereinigung demokratischer Soldaten österreichs (Asociación Democrática de Soldados Austríacos) y Gubi contra Austria", de 19 de diciembre de 1994, FJ 36

El Tribunal consideró vulnerado el artículo 10 del convenio en el asunto de la Asociación democrática de soldados austríacos, pues no se daba la tercera condición exigida por el artículo 10.2: el contenido de "der Igel" era polémico pero no llegaba al punto de promover la indisciplina y además, las Fuerzas Armadas distribuían publicaciones de otras asociaciones militares y sólo se excluía a "der Igel".

Respecto al Sr. Gubi, el Tribunal entendió que también se había vulnerado el artículo 10 pues las medidas tomadas habían sido desproporcionadas al fin perseguido pues él nunca trató de cuestionar la disciplina y además sus actividades se circunscribieron a su propio cuartel por lo que no hubo peligro para la disciplina.

Por último, la sentencia de 25 de noviembre de 1997, asunto "Grigoriades contra Grecia" viene a interpretar los 7, 10 y 50 de la Convención. Trata de una virulenta carta escrita por el Sr. Grigoriades contra las Fuerzas Armadas griegas.

Respecto a primer requisito exigido por el artículo 10 del Convenio, dice que la injerencia está prevista en la ley, a efectos del Convenio, si la norma, aunque esté redactada en términos genéricos, permite al interesado comprender que una acción puede tener consecuencias penales: "It is trae that Article 74 of the Greek Military Criminal Code was couched in very broad terms. Nonetheless, in the Court's view, it met the above standard. On the ordinary meaning of the word "insult" - which is akin to the expression "offend"- it ought to have been clear to the applicant that he risked incurring a criminal sanction. It follows that the interference complained of was "prescribed by law"²¹⁵.

Respecto a la legitimidad del fin, "The Court has no doubt that an effective military defence requires the maintenance of an appropriate measure of discipline in the armed forces and accordingly finds that the interference complained of pursued at any rate the legitimate aims of protecting national security and public safety invoked by the Government"²¹⁶, es decir, el Tribunal no tiene duda que una defensa militar efectiva requiere el mantenimiento de un nivel apropiado de disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas y juzga en consecuencia que la injerencia realizada perseguía en todo caso un fin legítimo, proteger la seguridad nacional y el orden público, como invocaba el Gobierno.

²¹⁵ Sentencia "Grigoriades contra Grecia", de 25 de noviembre de 1997, FJ 38

²¹⁶ Sentencia "Grigoriades contra Grecia", de 25 de noviembre de 1997, FJ 41

Por último, respecto a la necesidad de la restricción en una sociedad democrática, el Tribunal, reproduce una cita de la sentencia "Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs (Asociación Democrática de Soldados Austríacos) y Gubi contra Austria": "Article 10 does not stop at the gates of army barracks. It applies to military personnel as to all other persons within the jurisdiction of the Contracting States. Nevertheless, as the Court has previously indicated, it must be open to the State to impose restrictions on freedom of expression where there is a real threat to military discipline, as the proper functioning of an army is hardly imaginable without legal rules designed to prevent servicemen from undermining it (see the Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v Austria judgment of 19 December 1994, Series A no. 302, p. 17, § 36). It is not, however, open to the national authorities to rely on such rules for the purpose of frustrating the expression of opinions, even if these are directed against the army as an institution"²¹⁷.

Y a continuación, añade que "It is true that the contents of the letter included certain strong and intemperate remarks concerning the armed forces in Greece. However, the Court notes that those remarks were made in the context of a general and lengthy discourse critical of army life and the army as an institution. The letter was not published by the applicant or disseminated by him to a wider audience -apart from one other officer who apparently had been given a copy of it - and it has not been alleged that any other person had knowledge of it. Nor did it contain any insults directed against either the recipient of the letter or any other person. Against such a background the Court considers the objective impact on military discipline to have been insignificant"²¹⁸. Es decir, el Tribunal considera insignificante el impacto objetivo que ha tenido en la disciplina militar.

8.5 EL DERECHO A LA IGUALDAD Y AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

En las sentencias de 27 de septiembre de 1999, asunto Smith y Grady contra el Reino Unido y asunto Lustig-Prenan y Beckett contra el Reino Unido, el TEDH ha condenado a Reino Unido por haber expulsado de las Fuerzas Armadas a dos militares homosexuales. El TEDH entiende que en este caso se produjo una intromisión en el derecho al respeto de la vida privada, de acuerdo con el artículo 8 del CEDH: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".

²¹⁷ Sentencia asunto "Grigoriades contra Grecia", de 25 de noviembre de 1997, PJ 45

²¹⁸ Sentencia asunto "Grigoriades contra Grecia", de 25 de noviembre de 1997, FJ 47

Concluye que existe tal intromisión pues no se dan ninguna de las excepciones previstas para que la injerencia sea válida y aborda el caso desde el punto de vista del artículo 14 del Convenio que prohíbe la discriminación: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

9. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PERSONAL MILITAR

La jurisprudencia en materia de derechos fundamentales del Tribunal Constitucional, como es de suponer, es vasta y detallada pues numerosas han sido las ocasiones, a lo largo de treinta y cinco años de democracia, en que se han suscitado controversias jurídicas sobre los diferentes derechos fundamentales.

De todas las sentencias del Tribunal Constitucional, la más trascendente es la STC 219/2001 de 31 de octubre, fallo que motivó, ni más ni menos que la promulgación de una nueva Ley de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, si bien ocho años después.

Reproducimos otras muchas sentencias relativas a otros derechos fundamentales y en general siguiendo el criterio de transcribir no íntegramente, por supuesto, pero sí gran parte de su contenido, subrayando los aspectos fundamentales.

9.1 JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE ASOCIACIÓN

La **sentencia 219/2001 de 31 de octubre** resolvió un recurso de amparo promovido por la Hermandad de Personal Militar en Situación Ajena al Servicio Activo contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Séptima, en 1997, confirmatoria de la dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Primera, en 1992, que a su vez había desestimado el recurso interpuesto contra dos resoluciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior que denegaban la inscripción en el Registro de Asociaciones a una modificación estatutaria aprobada por la Hermandad recurrente.

La Hermandad de Personal de las Fuerzas Armadas en Situación Ajena al Servicio Activo había sido inscrita en julio de 1988 y tenía como fines realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles, tanto en el aspecto económico como en el moral o social, según decía su artículo 3 c.

Pues bien, en octubre de 1990, la Hermandad solicitó del Ministerio del Interior la constancia de la modificación estatutaria en el Registro de asociaciones, solicitud que fue denegada en resolución de la Secretaría General Técnica en marzo de 1991.

La Hermandad recurrió en reposición y la Secretaría General Técnica desestimó nuevamente la solicitud en resolución de 30 de septiembre de 1991. Argumentaba “que la Hermandad permitía la participación de los militares en la reserva activa y que sus fines eran reivindicativos, incurriendo de este modo en la conducta prevista en el art. 181 de la Ley 85/1978, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, cuyo primer inciso dice así: "Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa". Añadía también que tanto la STS de 27 de febrero de 1989 como la STC de 24 de mayo de 1985 habían considerado que los límites del art. 181 de la Ley de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas no eran contrarios al art. 22 CE”.

La Hermandad recurrió en alzada y contra la resolución desestimatoria recurrió ante la Audiencia Nacional cuya Sala de lo Contencioso, Sección primera, en sentencia de 26 de septiembre de 1992, argumentó “que la "reserva" es una situación administrativa de actividad, por lo que los intereses que defendería la Asociación son profesionales; que, en realidad, la entidad no era una asociación sino un "ente parasindical", al perseguir, entre otros, un fin reivindicativo [art. 3 c) de los Estatutos], vulnerando así lo dispuesto en el art. 181 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas; que esta norma no tiene por objeto el desarrollo de un derecho fundamental, sino regular ciertos aspectos del estatuto de los militares, modulando el ejercicio de algunos derechos; que el reiterado art. 181 de las Reales Ordenanzas persigue evitar fraudes a la Constitución (art. 28.1), con lo cual no sólo impide la afiliación o fundación de sindicatos por los militares, sino también la afiliación o creación de entes que, sin ser formalmente sindicatos (de acuerdo con el art. 1.1 de la Ley Orgánica 11/1985), sí tienen un carácter parasindical; y, en fin, que es diferente el caso de las asociaciones de Jueces y Magistrados, a los que la Constitución también prohíbe la afiliación a los sindicatos (art.127.1), toda vez que, si en relación a estos últimos lo que se pretende con la prohibición es preservar su independencia, en el caso de los militares se persigue además salvaguardar los principios de jerarquía y disciplina”.

La Hermandad interpuso recurso de casación contra tal sentencia y el Tribunal Supremo en sentencia desestimatoria el 30 de junio de 1997 afirmó lo siguiente: "la inscripción pretendida no puede acogerse a la genérica cobertura del artículo 22 de la Constitución, sino que su relevancia constitucional debe ser contemplada desde la perspectiva del artículo 28 en el que, después de consagrar el derecho de libre sindicación, se establece que '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', pues la 'asociación con finalidad reivindicativa', a la que se refieren las Reales Ordenanzas, encuentra encaje en la norma más específica del artículo 28 de la Constitución y no en el artículo 22, ya que debe entenderse que el artículo 28 no sólo 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' ... Si, por el contrario, se entendiera que el artículo 28 de la Constitución sólo permite excluir del ámbito de las Fuerzas Armadas la acción de sindicatos formalmente constituidos como tales, se propiciaría un fraude que, según señala la sentencia recurrida, sería no tanto de Ley como de la propia Constitución, pues al amparo de la automaticidad del artículo 22.3 de la Constitución, bastaría a una asociación rehuir la denominación de sindical para soslayar la previsión del artículo 28.1 del mismo Texto Constitucional, en relación con el art. 1.3 de la LOLS, y poder desarrollar una acción que puede ser tan perturbadora para la disciplina de los Ejércitos como la que pudiera desarrollar cualquier sindicato. De ahí que para evitar, por encima de subterfugios formalistas, el ejercicio de actividades sindicales en las Fuerzas Armadas, el art. 181 de las Reales Ordenanzas prohíba no sólo los 'sindicatos', sino también las 'asociaciones con finalidad reivindicativa'".

El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico séptimo responde a la alegación de una posible vulneración del contenido esencial del derecho: "por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 14 de noviembre de 1950, reconoce en su artículo 11 la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar sindicatos, añadiendo, sin embargo, que 'El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas...', pronunciándose en términos similares el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 y el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la misma fecha. No puede entenderse, pues, que la indicada restricción desnaturalice el derecho de asociación de los militares, ni que lo haga impracticable, lo dificulte más allá de lo razonable o lo despoje de su necesaria protección, como hubiera sido preciso para considerar afectado su contenido esencial, según ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional".

En la demanda la Hermandad aducía la vulneración de los arts. 22, 24 y 14 CE. De los derechos fundamentales invocados, el reconocido en el art. 22 CE es el que merece una argumentación más extensa, como sigue:

a) En lo que atañe al derecho de asociación (art. 22 CE), comienza la demanda señalando que, al margen de las asociaciones que sean criminalmente delictivas (conforme al art. 173 del Código Penal de 1973), secretas o paramilitares, las restantes gozan de la protección del art. 22 CE. De otro lado, en su párrafo tercero este artículo establece la obligación de la inscripción registral, pero no la impone con carácter constitutivo, sino simplemente a efectos de publicidad, de tal modo que, como se indicó en la STC 291/1993, la Administración no puede ejercer al respecto facultades que pudieran entrañar un control material. Esta sola Sentencia —prosigue la demanda— ya bastaría para demostrar la violación del derecho de asociación cometida por la propia Administración al negar la inscripción registral, pero es que, además, esta concepción del alcance del requisito de la inscripción registral es la asumida por la propia jurisprudencia de la Audiencia Nacional. Asimismo, la parte recurrente reseña abundante jurisprudencia en la que se apunta la imperatividad de la inscripción, salvo la de aquellas asociaciones mencionadas en los párrafos segundo y quinto del art. 22 CE. Se afirma con especial insistencia que sólo una vez practicada la inscripción es posible la declaración de ilegalidad de la asociación, y en todo caso por la jurisdicción penal; de manera que mediante la inscripción no puede darse un control administrativo ni contencioso-administrativo sobre la asociación. En apoyo de esta afirmación se transcriben parcialmente varias Sentencias: STC 67/1985, de 24 de mayo; Sentencias de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1979 y 7 de mayo de 1991; SSTS de 3 de julio de 1979 (dos Sentencias fechadas el mismo día); 3 de junio de 1980; 27 de octubre de 1981; 4 de noviembre de 1981; y 7 de marzo de 1989.

b) Sostiene la demandante que el Tribunal Supremo, para justificar la negativa a la inscripción registral, recurre al siguiente artificio jurídico: Dado que la Hermandad no es formalmente un sindicato, al objeto de excluirla del ámbito de protección del art. 22 CE no le queda sino crear un tercer género: la asociación o "ente parasindical", reconducible a la "asociación reivindicativa" del art. 181 de las Reales Ordenanzas. Pero este modo de proceder es incorrecto desde el punto de vista constitucional, toda vez que o la Hermandad es un sindicato y entonces es aplicable el art. 28 CE, o no lo es y no es posible aplicar dicho artículo sino el art. 22 CE; no cabe un escalón intermedio. La decisión del Tribunal Supremo, pues, constituye una lectura restrictiva del propio derecho de asociación, ignorando así la exigencia reiterada en la jurisprudencia constitucional de que los derechos fundamentales se interpreten del modo más favorable para su efectividad y la propia concepción

amplia del contenido de derecho de asociación que ha asumido el Tribunal Constitucional (SSTC 34/1983; 67/1984; 218/1988; en especial: STC 115/1987).

c) Carente de justificación constitucional o jurisprudencial, se ha buscado —prosigue la Hermandad demandante— un apoyo legal en el art. 181 de las Reales Ordenanzas, que introduce una limitación que es doble, puesto que lo es *ratione personae* y *ratione materiae*: los militares no podrán pertenecer a sindicatos ni a asociaciones con finalidad reivindicativa. La Ley 85/1978 (de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas) fue sancionada el 28 de diciembre de 1978 y publicada el 12 de enero de 1979, entrando en vigor veinte días después —con posterioridad, por tanto, a la publicación y vigencia de la Constitución el 29 de diciembre de 1978. Por eso no es excluible aquí la inconstitucionalidad por motivos formales, frente a lo afirmado por el Tribunal Supremo; con todo, si se afirma que la Ley 85/1978 es anterior a la Constitución, entonces hay que concluir que el art. 181 de las Reales Ordenanzas fue derogado en virtud de la Disposición derogatoria tercera de la Constitución.

d) Reconoce la Hermandad recurrente que en varios Convenios internacionales se prevé la limitación de los derechos de asociación y sindicación a los miembros de las Fuerzas Armadas (art. 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950; art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), pero de seguido afirma que esas posibles limitaciones no son imperativas y que a la vista del art. 22 CE, en España sería precisa una reforma constitucional. También se extiende la recurrente en varios datos relevantes sobre el asociacionismo militar en Europa. Se refiere, en este sentido, a la Asociación de las Fuerzas Armadas de Alemania (DBwV), cuyos Estatutos incorporan como fin propio la defensa de los intereses sociales y profesionales de sus miembros, incluidos militares de carrera, contratados y de reemplazo en servicio activo. También se cita un documento de la Organización Europea de Asociaciones Militares (EUROMIL), que en varios documentos remitidos a las Instituciones europeas ha reclamado el reconocimiento del derecho de asociación dentro de las Fuerzas Armadas. Por último se alude a un comunicado de la Federación Europea de Personal de los Servicios Públicos (EUROFEDOP), de 1992, en el que se exige a España la libertad sindical para los militares.

e) El concepto de "finalidad reivindicativa" a que se refiere el art. 181 de las Reales Ordenanzas es —a juicio de la Hermandad demandante— claramente indeterminado, sin que el Diccionario de la Real Academia aporte un significado que no sea el de recuperación de un bien propio. Además, el término "reivindicativo" carece de arraigo en la legislación española. Por de pronto, no

se utiliza en la legislación laboral: ni en la Ley 19/1977, de 1 de abril, de regulación del derecho de asociación sindical, ni en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, ni en el Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones sindicales. Tampoco la legislación militar se sirve del concepto de "asociación reivindicativa": no aparece ni en el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, regulador del ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas, ni en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, ni en la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar. En todo caso, mediante la mención de la "finalidad reivindicativa" la Ley no se limita a regular el ejercicio de un derecho fundamental, como dispone el art. 53.1 CE y reitera la STC 67/1984, sino que limita su contenido. No existiendo en relación con el art. 22 CE un límite constitucional expreso —como ocurre con los arts. 28 y 29 CE— las limitaciones introducidas por el legislador son inconstitucionales.

Bajo la invocación del art. 14 CE la asociación recurrente denuncia, en primer lugar, la desigualdad de trato a la misma Hermandad en dos momentos distintos: al tiempo de su Constitución y en el momento de la modificación de sus Estatutos. También denuncia la Hermandad recurrente trato desigual respecto de varias asociaciones:

a) La primera es la Hermandad de Retirados de las Fuerzas Armadas (luego Hermandad de Veteranos), que fue inscrita en el Registro de Asociaciones el 10 de mayo de 1995 (con posterioridad, por tanto, a la interposición del recurso de casación por la Hermandad hoy demandante). Según la recurrente, la Hermandad de Retirados presenta fines estatutarios muy similares a los suyos, en especial en lo que hace a la consecución de beneficios económicos y sociales para sus asociados [art. 1 b) de los Estatutos]; además, la Hermandad de Retirados comprende en su ámbito de posibles asociados a militares en la reserva (art. 4). Las razones del trato desigual a las dos Hermandades pueden explicarse —según la demandante— porque la hoy recurrente mantiene una situación de enfrentamiento con el Ministerio de Defensa con motivo de las casas militares, como muestran los numerosos procesos contencioso-administrativos (mil doscientos) en los que son parte sus asociados; en cambio, la Hermandad de Retirados se encuentra auspiciada por el propio Ministerio de Defensa, al punto de que ocupa locales dentro de edificios militares. Mediante cita de las SSTC 26/1985, 99/1983 y 23/1989, la Hermandad recurrente argumenta que el derecho a la igualdad no sólo corresponde a las personas físicas sino también, como es el caso, a las personas jurídicas.

b) La comparación se traba, en segundo lugar, con la Asociación de Militares Acogidos a la Reserva Transitoria de los Ejércitos (AMARTE), limitada territorialmente a la Comunidad andalu-

za. La Delegación de la Consejería de Gobernación en Sevilla exigió a esta asociación que, para su inscripción, incluyese en sus Estatutos la frase "se excluye toda actividad de tipo reivindicativo". Aquella imposición fue rechazada por la Audiencia Territorial de Sevilla y luego, en apelación, por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de diciembre de 1990. Esta Sentencia fue invocada por la Hermandad recurrente en su recurso de casación.

c) También se menciona el caso de la Unión Democrática de Guardias Civiles, respecto de la cual la jurisdicción contencioso-administrativa entendió que presentaba naturaleza sindical y por lo mismo no procedía la inscripción registral de sus estatutos. Luego la STC 291/1993 otorgó el amparo solicitado. Esta Sentencia, por ser posterior a la interposición del recurso de casación en el asunto hoy enjuiciado, se aportó a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por escrito de 12 de abril de 1994.

d) El cuarto término de comparación lo constituye la Asociación de Usuarios de Casas Militares (ASUCAM), ya extinta, que fue inscrita previa estimación de su recurso contencioso-administrativo por Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 1991. Aunque en los Estatutos de esta asociación no se hablaba expresamente de finalidades reivindicativas, era claro que la defensa de los derechos de los militares a permanecer en sus casas era tanto como promover beneficios económicos y sociales para sus miembros.

e) Por último, se hace referencia a la Oficina del Defensor del Soldado, cuya inscripción fue denegada por el Ministerio de Interior por su supuesto carácter sindical. Esta decisión fue anulada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 1991.

Por otra parte, la Hermandad recurrente invocó, asimismo el artículo 24 de la Constitución en su demanda y ello porque previamente había solicitado tanto a la Audiencia Nacional como al Tribunal Supremo la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad sin ningún éxito.

A continuación en su demanda, la Hermandad recurrente, una vez concluidas sus denuncias sobre supuestas vulneraciones de derechos fundamentales alega diversas irregularidades procesales en la tramitación de los recursos que, en su opinión, contribuyeron a producir retrasos en el proceso.

El 17 de diciembre de 1997, la Hermandad recurrente registró una ampliación de la demanda en la que daba cuenta de la STS de 18 de julio de 1997 en la que se aprobaba la inscripción de la Oficina del Defensor del Soldado.

A continuación, la sentencia explica cuáles fueron los trámites procesales que se siguieron: admisión a trámite de la demanda, requerir testimonio a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo, dar traslado al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal, etc

En este punto debemos decir que es sumamente interesante leer íntegramente el razonamiento tanto del Ministerio Fiscal como del Abogado del Estado y creemos útil reproducirlo aquí pues, con independencia de que lo compartamos o no, aportan puntos de vista muy luminosos y aleccionadores sobre diferentes cuestiones. A saber: la constitucionalidad o no de las Reales Ordenanzas, el campo semántico de la expresión “finalidad reivindicativa”, la infracción o no del derecho a la igualdad en el caso que nos ocupa, etc

El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones el 27 de octubre de 1998, y en ellas se pide el amparo por vulneración del derecho de asociación, pero no por la denunciada vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva. Se precisa, en primer lugar, que el recurso de amparo es subsumible tanto en el art. 43 LOTC (en lo que se refiere a los derechos de igualdad y de asociación), como en el art. 44 LOTC (respecto de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva).

a) Respecto de la alegada infracción del art. 24.1 CE alega el Ministerio Fiscal que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es una facultad exclusiva de los Jueces, por lo que la negativa a tal planteamiento —incluso en forma tácita— no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (ATC 132/1988).

b) Se detiene el Ministerio Fiscal en la caracterización constitucional del derecho de asociación (art. 22 CE) a la luz de la STC 291/1993, de donde resultaría el deber de inscribir a las asociaciones ya constituidas que así lo soliciten; de manera que la negativa a la inscripción sería una forma de impedir la plena efectividad del derecho de asociación. Con todo el Ministerio Fiscal admite que la Administración pueda suspender el trámite de la inscripción cuando existan deficiencias subsanables o para promover la disolución judicial de la asociación en cuestión. Por lo que se refiere al caso, niega el Ministerio Fiscal que la alegada vulneración del derecho de asociación provenga del art. 181 de las Reales Ordenanzas. Sostiene, en cambio, que la infracción del art. 22 CE se ha dado en las resoluciones aplicativas de aquel precepto, en la medida en que han interpretado de forma contraria al art. 22 CE tanto el alcance subjetivo de la Hermandad como el alcance y significado de sus fines reivindicativos: En lo que hace a los posibles socios, señala el Ministerio Fiscal, que del

art. 4 de los Estatutos no resulta directamente la admisión de militares en la reserva (conforme al art. 103 de la Ley 17/1989). Y en cuanto a los fines reivindicativos de la Hermandad alega el Ministerio Fiscal que indebidamente se han identificado aquellos fines con los propios de un sindicato. El alcance restrictivo de las resoluciones impugnadas queda de manifiesto, a juicio del Ministerio Fiscal, por el hecho de que los Estatutos primigenios de la asociación fueron inscritos sin objeción (pese a contemplar la asociación de militares en la "reserva transitoria") y a la vista de que los fines de la asociación no han sido modificados.

c) Sobre la invocación del derecho a la igualdad alega el Ministerio Fiscal que la Hermandad no ha aportado ningún término de comparación idóneo: no lo es la comparación de la asociación consigo misma (en su formación original y en la modificada); tampoco es término de comparación adecuado la Hermandad de Retirados de las Fuerzas Armadas (pues su inscripción es posterior, de 1995); ni la asociación AMARTE, porque las resoluciones a ella referidas provienen de distintos órganos; tampoco la STC 291/1993, porque es posterior a las Resoluciones impugnadas (excepto a la Sentencia del Tribunal Supremo) y porque en aquel caso se enjuiciaba una denegación tácita. Respecto de la Asociación de Usuarios de Casas Militares y de la Oficina del Defensor del Soldado el Ministerio Fiscal alega que el recurrente no ha aportado testimonio de las Sentencias de la Audiencia Nacional, lo que impide todo juicio constitucional *ex art. 14 CE*.

El Abogado del Estado, lógicamente se opone a la estimación de la demanda. Reproducimos ahora sus alegaciones.

En un primer bloque de alegaciones se refiere el Abogado del Estado a la denuncia de incongruencia: La formulada en relación con la Sentencia de la Audiencia Nacional no sería admisible, ya que la propia recurrente suprimió este motivo de casación, por lo que ahora concurrían las causas de inadmisión del art. 44.1 a) y c) LOTC; la supuesta incongruencia del Tribunal Supremo respecto de la solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (en relación con el art. 181 de las Reales Ordenanzas) sería rechazable a la vista de que la elevación de la cuestión es una prerrogativa del órgano judicial, no un deber (SSTC 159/1997; 119/1998); además, en la Sentencia impugnada se darían suficientes argumentos sobre la conformidad constitucional del art.181 de las Reales Ordenanzas.

b) Se refiere seguidamente el Abogado del Estado a que los retrasos judiciales a que alude la recurrente no fueron previamente denunciados ante el órgano judicial, por lo que en todo caso este hipotético motivo de inconstitucionalidad (no invocado de forma expresa en la demanda de amparo)

sería inadmisibles (SSTC 31/1997; 140/1998). Por otro lado, la "ampliación de la demanda" a que se refiere la demandante no sería propiamente tal, pues la legislación procesal (art. 46.1 LJCA y 563 LEC) en todo caso pone un límite temporal a la ampliación. Respecto de la denegación del recibimiento a prueba por motivos formales alega el Abogado del Estado que esa queja es inadmisibles *ex* art. 44.1 c) LOTC, pues no fue invocada en la vía judicial previa.

c) En relación con el derecho a la igualdad (art. 14 CE) el Abogado del Estado alega, en primer lugar, que su invocación sólo se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo, por lo que se habría incumplido el requisito del art. 44.1 c) LOTC. En todo caso, prosigue el Abogado del Estado, la Hermandad recurrente no habría aportado ningún término válido de comparación. Con carácter general destaca el Letrado del Estado que la parte recurrente no ha cumplido con la carga de aportar las Sentencias que toma como términos de comparación. Luego, analizando uno por uno los distintos casos comparados, señala lo siguiente: El art. 14 CE no ampara la comparación de la Hermandad consigo misma en dos momentos distintos, antes y después de la modificación de sus Estatutos, además de que la primera inscripción sería un precedente administrativo no confirmado judicialmente, como ocurre con la negativa a la segunda inscripción, de lo que resulta una comparación de términos no homogéneos (SSTC 120/1988, FJ 2; 154/1988, FJ 3). La comparación con la Hermandad de Retirados de las Fuerzas Armadas también es inadecuada —a juicio del Letrado alegante— porque esta asociación fue inscrita con posterioridad (el 10 de mayo de 1995), por lo que no puede actuar como precedente (SSTC 34/1995, FJ 1; 29/1998, FJ 2), además de que las dos Hermandades no son comparables ni subjetivamente (pues una admite a retirados y la otra no) ni en cuanto a la actividad reivindicativa desarrollada. Respecto de la Sentencia del Tribunal Supremo referida a la asociación AMARTE —de 3 de diciembre de 1990— señala el Abogado del Estado que se trata de una resolución dictada (en apelación) por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, y no por la Sección Séptima, como es la que motiva el recurso de amparo; menos aún puede compararse, sigue el Letrado, la Sentencia impugnada con una precedente de un Tribunal Superior de Justicia. En relación con la Unión Democrática de Guardias Civiles se niega la identidad de órganos, pues la Sentencia que se invoca como término de comparación es del Tribunal Constitucional (STC 291/1993) y se niega también la homogeneidad de las asociaciones comparadas (en cuanto al ámbito subjetivo y fines de las asociaciones). Respecto de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 1991, relativa a la inscripción de la asociación ASUCAM, se niega por el Abogado del Estado que sea cotejable con la de 26 de septiembre de 1992 (de la misma Audiencia Nacional y en relación con la Hermandad actora) ya que esta última fue confirmada por el Tribunal Supremo y no así la primera. Respecto de la Sentencia de la Audiencia Nacio-

nal de 7 de mayo de 1991, en relación con la inscripción de la Oficina del Defensor del Soldado se sostiene que fue dictada por órgano distinto a la impugnada en el recurso de amparo.

d) A la invocación del art. 22 CE se refiere el Abogado del Estado distinguiendo dos cuestiones: constitucionalidad de la frase "asociaciones con finalidad reivindicativa", del art. 181 de las Reales Ordenanzas; y constitucionalidad de las Resoluciones administrativas (confirmadas en vía judicial) que aplican aquel precepto a la Hermandad recurrente. La primera cuestión la aborda el Abogado del Estado desde una doble perspectiva, formal (reserva de Ley Orgánica para el desarrollo de un derecho fundamental) y material: conformidad del art. 181 de las Reales Ordenanzas con el art. 22 CE. En cuanto a lo primero (cuestión formal) el Abogado del Estado alega que las Reales Ordenanzas fueron aprobadas el 28 de diciembre de 1978 (fecha de la firma regia), esto es, un día antes de la entrada en vigor de la Constitución (el 29 de diciembre de 1978). Por eso, al tiempo de aprobarse las Reales Ordenanzas no estaba aún vigente la exigencia de Ley Orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales; y dado que la reserva de Ley Orgánica (art. 81 CE) no es exigible de forma retroactiva (STC 53/1994, FJ 2), ningún reproche formal hay contra el art. 181 de las Reales Ordenanzas. En todo caso, abunda el Abogado del Estado, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, STC 173/1998, FJ 7) a las Reales Ordenanzas no les era exigible la forma de Ley Orgánica, toda vez que no desarrollan el derecho de asociación. Esa función de desarrollo la cumple, para los militares y en relación con la posibilidad de exclusión contenida en el art. 28.1 CE, el art. 1.3 LOLS. De esta forma, el art. 181 de las Reales Ordenanzas expresa la colaboración entre Ley Orgánica y Ley ordinaria [SSTC 137/1986, FJ 3; 224/1993, FJ 3; 254/1994, FJ 5 c)], siendo entonces el art. 181 de las Reales Ordenanzas una "norma de protección adicional" del art. 1.3 LOLS, pero no un "desarrollo" del derecho de libre asociación o sindicación. Respecto a la conformidad material del art. 181 de las Reales Ordenanzas con el art. 22 CE alega el Abogado del Estado que mediante la referencia a la "finalidad reivindicativa" se pretende evitar un fraude de Constitución: la sindicación de militares (prohibida por el art. 1.3 LOLS, conforme a lo autorizado por el art. 28.1 CE) bajo la apariencia de ejercicio del derecho de asociación (art. 22 CE). Parte el Abogado del Estado de un concepto material de sindicato, que identifica en la STC 98/1985, FJ 2, y que —a su juicio— viene definido en el art. 7 CE. De esta forma, lo prohibido por el art. 1.3 LOLS a los militares es la defensa y promoción colectiva de sus intereses económicos y sociales, y ese es precisamente el límite a las asociaciones en el art. 181 de las Reales Ordenanzas; en apoyo de esta interpretación cita el ATC 375/1983, FJ 2. El hecho de que la legislación disciplinaria no se refiera expresamente a las asociaciones con finalidad reivindicativa es —a juicio del Letrado— irrelevante; pues la imprevisión de sanción para los asociados no cambia el carácter ilícito de la asociación, pudiendo conducir —conforme a la sección tercera de la Ley 62/1978— a la disolución de la asocia-

ción. Por lo demás, el Abogado del Estado corrige a la demandante y señala que el Diccionario de la Real Academia (21 edición) sí contiene una acepción del término "reivindicación" relacionada con las reclamaciones de los trabajadores.

e) Una vez afirmada por el Abogado del Estado la constitucionalidad del art. 181 de las Reales Ordenanzas, sus alegaciones se refieren a la constitucionalidad, también, de las resoluciones aplicativas de aquel precepto. A su juicio, la Administración no está obligada a inscribir (y dotar de publicidad) a asociaciones penalmente ilícitas, ilegales (conforme al art. 22.2 CE), directamente prohibidas por el art. 22.5 CE, o incursas en una excepción legal con base constitucional (como la que proporciona el art. 28.1 CE). Y ello porque la vinculación de la Administración a los derechos fundamentales (arts. 9.1 y 53.1 CE) le obliga a impedir los abusos y extralimitaciones. En el presente caso no hay, a juicio del Abogado del Estado, contradicción alguna entre la inscripción inicial de la Hermandad recurrente y la negativa a la nueva inscripción solicitada; tres son las razones para negar la contradicción: primera, que tras la modificación estatutaria la Hermandad ha alterado sensiblemente su composición subjetiva, al permitir ahora la asociación de militares en la reserva, que es propiamente una situación administrativa de actividad conforme a la Ley 17/1989, de 19 de julio [arts: 64; 65; 96 g); 103.6; 103.8, 9 y 10] lo que determina su sumisión al Código Penal Militar (art. 8 CPM) y a la Ley Orgánica 12/1985 (art. 3), así como a las Reales Ordenanzas (art. 210). La segunda razón negatoria de la contradicción consiste en que la propia Hermandad ha mostrado una intensa actividad reivindicativa en el ámbito de las casas militares frente al Ministerio de Defensa; esa línea reivindicativa, libremente adoptada por la Hermandad, debe servir también para la interpretación de sus Estatutos (SSTC 218/1988, FJ 1; 96/1994, FJ 2; 173/1998, FJ 13). La tercera razón está en que, en todo caso, la excepción prevista en el art. 1.3 LOLS es indisponible por la Administración, que no puede verse vinculada por precedentes basados en un error de calificación. En relación con los ejemplos de asociacionismo militar de carácter internacional alega el Abogado del Estado que son irrelevantes, y que la Constitución Española previó precisamente una prudente excepción al sindicalismo militar (art. 28.1 CE) a la vista de la insatisfactoria tradición española en la materia (fundamentalmente, por lo que hace a las Juntas Militares de Defensa), decisión ésta que guarda correspondencia con lo establecido en los arts. 11.2 CEDH; 22.2 PIDCP; y 8.2 PIDESC. Por último, en relación con la condena en costas pedida por la demandante, el Abogado del Estado señala la confusión entre el régimen de costas en el proceso de amparo (art. 95.2 y 3 LOTC) y el régimen de las costas impuestas en el proceso seguido por los trámites de la Ley 62/1978, costas éstas que seguirían la suerte de las Sentencias impugnadas.

A continuación la sentencia explica los fundamentos jurídicos. El Tribunal, antes de proceder al examen del asunto recapitula brevemente sobre los antecedentes y sobre las diferentes opiniones, del Ministerio Fiscal, del Abogado del Estado y de la Hermandad recurrente que no vamos a reproducir aquí por reiterar datos ya mencionados.

Antes de adentrarnos en el enjuiciamiento de los distintos motivos de amparo debemos prestar atención, afirma el Tribunal, a varias circunstancias atinentes a la Hermandad recurrente y a las resoluciones supuestamente infractoras de los derechos fundamentales invocados. Hay que destacar, en primer lugar, que la Hermandad hoy recurrente se hallaba inscrita en el Registro de Asociaciones desde el 20 de julio de 1988 (núm. de registro nacional: 80.680; número de registro provincial: 8.961) si bien originariamente bajo la denominación de Hermandad de Personal Militar en la Reserva Transitoria. Luego tuvo lugar la modificación de los Estatutos de la Hermandad, acordada en Asamblea extraordinaria celebrada el 6 de octubre de 1990, lo que dio lugar a un "asiento de modificación" en la hoja registral, que daba cuenta de las modificaciones referidas. Sin embargo, este "asiento de modificación", que viene rubricado por el "Jefe de la Sección", se encuentra burdamente rayado con un aspa y luce a mano la palabra "nulo"; la certeza de las rayas y de la palabra añadida resulta de la propia diligencia del Jefe de la Sección que hace constar que la copia testimoniada es copia literal del original. A esta anotación registral sigue una copia de los Estatutos de la Hermandad, en su versión inscrita en 1988, no en la modificada en 1990. En consecuencia, lo que hoy publica el Registro de Asociaciones, siquiera en una forma tan irregular como la descrita, no se corresponde con la realidad estatutaria de la Hermandad. También debemos aclarar que, aunque los actos administrativos impugnados son dos (uno de 21 de marzo de 1991 y otro 30 de septiembre de 1991, ambos de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior), en las actuaciones recibidas en este Tribunal sólo figura testimonio diligenciado de la segunda resolución, que es confirmatoria de la primera en grado de reposición. Ello no obstante, la existencia y contenido de la Resolución de 21 de marzo no ofrece duda alguna, precisamente por la referencia y descripción que de ella se hace en la Resolución confirmatoria, de 30 de septiembre de 1991; así que sobre las dos Resoluciones administrativas descritas puede recaer nuestro juicio de constitucionalidad.

En la demanda de amparo, dice el Tribunal, se invoca el derecho de asociación (art. 22 CE) frente a las resoluciones denegatorias de la inscripción de la modificación estatutaria. Según se expuso en el segundo de los antecedentes, la negativa a la inscripción se funda en que el art. 3 c) de los Estatutos enuncia 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 art. 181 de las Reales Ordenanzas expresamente prohíbe la parti-

cipación de militares en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa. A juicio del Abogado del Estado, ni el art.181 de las Reales Ordenanzas 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 art. 28.1 CE. Según el Ministerio Fiscal, el art. 181 de las Reales Ordenanzas es conforme con la Constitución, pero no así la denegación de la inscripción, en tanto que contiene una interpretación restrictiva de aquel precepto legal que repercute en el derecho de asociación. El debate se centra, pues, en la eventual lesión del derecho de asociación del art. 22 CE que alega la Hermandad que solicita el amparo. Por lo que debemos abordar en primer lugar esta queja para determinar si los actos administrativos que han denegado la modificación de la inscripción han infringido tal derecho o, por el contrario, se encuentran amparados por los límites que la Constitución ha establecido respecto a su ejercicio.

Precisados así los términos del debate, antes de proceder a su examen conviene señalar, con carácter previo, que quien denuncia la vulneración del art. 22 CE y solicita el amparo no es uno de los miembros de una asociación sino la asociación misma. En efecto, en el presente caso la demanda de amparo se formula por don José Conde Monge "en su calidad de Presidente de la Hermandad de Personal Militar en Situación ajena al Servicio Activo". Así pues, desde esta perspectiva subjetiva, nos encontramos ante un supuesto similar al de la STC 218/1988, de 22 de noviembre, Círculo Mercantil de la Línea de la Concepción, al de la STC 5/1996, de 16 de enero, Asociación Profesional de Gestores Intermediarios en la Promoción de Edificios y, últimamente, al de la STC 104/1999, de 14 de junio, Asociación de Disminuidos Físicos de Aragón. Y basta la referencia a estas decisiones para estimar que ningún obstáculo existe, en principio, para que una asociación, en cuanto persona jurídica distinta de las personas físicas que son sus asociados —y, por tanto, centro autónomo de imputación de relaciones y consecuencias jurídicas—, pueda invocar en su favor el derecho que el art. 22 CE reconoce. Ahora bien, admitida la idoneidad de quien solicita el amparo para recabar la protección del art. 22 CE, aún debemos añadir alguna precisión sobre el alcance de aquella tutela constitucional. El caso que reclama nuestro juicio no exige que precisemos todos los contornos de la dimensión colectiva del derecho de asociación, pero sí procede identificar varios de sus rasgos generales. Lo primero, y más claro, es que no toda actividad de una asociación ya constituida está amparada por el art. 22 CE. También es claro que el art. 22 CE no dispone expresamente una tutela simétrica de los socios y de la asociación. En términos positivos podemos afirmar, avanzando en el camino señalado por las Sentencias arriba citadas, que una asociación ya constituida puede invocar directamente el art. 22 CE para defender su propia existencia conforme a la voluntad de sus asociados. En el caso que nos ocupa, la Hermandad recurrente (constituida en 1987) pretende la tutela constitucional respecto de una actuación asociativa cualificada, como es la promoción de la inscrip-

ción registral que prevé el propio art. 22.3 CE. Además, por medio de la inscripción fallida la Hermandad pretende que su existencia estatutaria —la que resulta de la Asamblea extraordinaria de 1990— coincida con su existencia pública, que es la que resulta de la hoja núm. 80.680 del Registro de Asociaciones. Estamos, entonces, ante un caso de defensa existencial de la Hermandad recurrente y donde, conforme a lo ya expuesto, la propia asociación puede pedir para sí la protección que garantiza el art. 22 CE.

Es conveniente destacar, en primer lugar, que el art. 22.3 CE establece, literalmente, que "las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad". Es cuestión indiscutida por las partes que la publicidad registral se extiende a las modificaciones estatutarias de la asociación. Máxime cuando, como ocurre en el presente caso, la modificación afecta a elementos tan esenciales como son el nombre y la composición subjetiva. Y es que sólo la continua correspondencia del Registro con la realidad permite cumplir el fin de publicidad a que se refiere el art. 22.3 CE.

Sentado lo anterior hay que precisar que la inscripción no es sólo una carga de la asociación ya creada, sino también una prestación debida por la Administración encargada del correspondiente Registro, a fin de que la libertad de asociación se realice plenamente. Se trata, incluso, de una prestación administrativa cuya realización defectuosa puede resultar lesiva del derecho de asociación. En este sentido, ya en la STC 291/1993, de 18 de octubre, sobre la Unión Democrática de Guardias Civiles, FJ 2, tuvimos ocasión de declarar que la omisión de toda actividad administrativa ante una petición de inscripción lesionaba, por sí, el derecho de asociación (art. 22 CE) de quienes promovían aquella inscripción. Siguiendo la línea marcada en aquella Sentencia, debemos añadir ahora que **no sólo la omisión administrativa, sino también una denegación de inscripción infundada o arbitraria, puede lesionar el derecho de asociación de la Hermandad**. Este es, por lo demás, el criterio seguido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de junio de 1994, en relación con la inscripción de la Asociación de Usuarios de Viviendas Militares, y donde expresamente se daba continuidad a la doctrina de nuestra STC 291/1993. En el caso que nos ocupa **no cabe discusión sobre la existencia de una restricción a la publicidad registral que pedía la Hermandad**.

6. La doctrina de este Tribunal viene haciendo hincapié en que la inscripción registral de las asociaciones es "**a los solos efectos de publicidad**", como expresamente enuncia el art. 22.3 CE. De esta forma, en la STC 85/1986, de 25 de junio, sobre el Partido Comunista de Aragón, FJ 2, declaramos que la exigencia de publicidad registral no es ocasión para que la Administración realice un control material sobre las asociaciones, máxime en relación con un tipo de asociación, como es

un partido político, que goza de protección constitucional reforzada. Este mismo criterio lo reiteramos —con algún matiz— en la STC 291/1993, FJ 2, donde la asociación no era ya un partido político, sino la Unión Democrática de Guardias Civiles; añadimos entonces que de la interdicción del control material por la Administración no resulta que en todo caso sea obligatoria la inscripción registral. Siguiendo esta advertencia y atendiendo al texto del art. 22.3 CE hay que afirmar que la inscripción registral es debida en relación con las "asociaciones constituidas al amparo de este artículo". Por tanto, **la denegación de la inscripción será lícita siempre que se refiera a una asociación no amparada por el art. 22 CE.**

7. Al respecto, ha de tenerse presente que si bien el art. 22 CE consagra "una de las libertades capitales de la persona, al asentarse justamente como presupuesto en la libertad" (STC 244/1991, de 16 de diciembre, FJ 2) y esa libertad de asociación es también "un componente esencial de las democracias pluralistas" (STC 104/1999, FJ 3), la garantía genérica que dicho precepto establece no es absoluta, ya que su apartado 5 exceptúa expresamente de la protección constitucional y, en lo que aquí importa, de la prestación registral, a las asociaciones secretas y paramilitares; y el apartado 2, por remisión a la legislación penal, también excluye a las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito. De otra parte, con independencia de estas "asociaciones constitucionalmente proscritas" (según la expresión de la STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 8), categoría que no es relevante en el presente caso, también ha de repararse en que, como allí hemos declarado, el legislador orgánico puede establecer, entre otros extremos, aquellos límites del derecho aquí considerado que, "en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial", se refieren "al derecho de asociación de determinados grupos de personas". Y al respecto cabe apreciar, desde una perspectiva sistemática, **dos datos relevantes.** De un lado, que tras prohibir previamente su pertenencia a partidos y sindicatos "mientras se hallen en activo", el art. 127.1 CE defiere a la ley el "sistema y modalidades" de la asociación de los Jueces y Magistrados así como de los Fiscales (art. 401 LOPJ); de suerte que "esa autorización constitucional especial para constituir asociaciones es el único cauce que tiene la Carrera Fiscal para defender sus intereses profesionales" (STC 24/1987, de 25 de febrero, FJ 3). Mientras que, de otro lado, **respecto de quienes son miembros de las Fuerzas Armadas, no existe una expresa previsión constitucional sobre las modalidades de su derecho de asociación ni sobre los límites de este derecho, sin perjuicio de que éstos puedan, en su caso, ser establecidos** en los términos expresados por la mencionada STC 173/1998. Por otra parte, el art. 28.1 CE también defiere a la Ley la posibilidad de "limitar o exceptuar" el ejercicio del derecho de sindicación "a las Fuerzas o Institutos armados", habiendo optado el legislador por exceptuarlos de dicho ejercicio en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS). Ahora bien, **la**

facultad del legislador de restringir el ejercicio del derecho de asociación en atención a otros bienes con relevancia constitucional está sometida, a su vez, a ciertos límites constitucionales, a los cuales hemos hecho referencia reiteradamente en nuestras decisiones y, entre las más recientes, en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11. Uno de esos límites es de **carácter formal**, pues **la directa limitación de un derecho fundamental sólo puede establecerse en una Ley Orgánica** (SSTC 101/1991, de 13 de marzo, FJ 2, y la ya citada 173/1998, FJ 8). Otros, en cambio, son **de carácter material**. Así, en primer lugar, 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; es ésta una exigencia que tiene asiento no sólo en nuestra jurisprudencia anterior sobre otros derechos fundamentales (así, con toda claridad, en la STC 292/2000, FFJJ 15 y 16, en relación con el derecho a la autodeterminación informativa) sino también en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los límites legales al ejercicio del derecho de asociación (art. 11 CEDH), como expresa la STEDH de 20 de mayo de 1999, asunto *Rekvenyi contra Hungría*, § 60. En segundo lugar, 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 de este Tribunal que se expone con afán sistemático en la ya mencionada STC 292/2000, FJ 11, doctrina ésta sin duda aplicable a la restricción por Ley del derecho de asociación. En lo que sigue se trata de comprobar si la negativa a la inscripción registral de la modificación estatutaria de la Hermandad recurrente está amparada en una Ley que, a su vez, haya respetado las garantías constitucionales recién enunciadas.

8. Sentado ésto, en el presente caso se solicita el amparo porque la Administración ha estimado, según expresamente se dice en la Resolución del recurso de reposición, que la Hermandad recurrente acoge "en el artículo 3-c de los Estatutos fines de carácter reivindicativo, traspasando los límites establecidos en los artículos 181 y concordantes de las Reales Ordenanzas aprobadas por la Ley 85/1978, de 18 de diciembre, sin que tales limitaciones y, por tanto, el acto administrativo impugnado que en ellas se fundamenta puedan reputarse contrarias al artículo 22 de la Constitución". Así pues, se fundamenta la denegación de la inscripción de las modificaciones estatutarias en que la Hermandad recurrente es una asociación reivindicativa, contra la prohibición del art. 181 de las Reales Ordenanzas, cuyo primer inciso dispone lo siguiente: "Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa". La calificación de asociación reivindicativa se atribuye a la Hermandad por dichas resoluciones administrativas con fundamento en lo que, señalando uno de los fines de la asociación, prescribe el art. 3 c) de sus Estatutos, ya transcrito: "Realizar las gestiones precisas para conseguir

para sus miembros cuantos beneficios sean posibles, tanto en el aspecto económico como en el moral o social".

9. Las resoluciones administrativas de referencia nada razonan, salvo la expresada remisión al art. 3 c) de los Estatutos, sobre el significado, contenido y límites de una "asociación reivindicativa". Dichos extremos son, en cambio, objeto de consideración en las resoluciones judiciales que resolvieron el proceso contencioso-administrativo seguido en virtud del recurso interpuesto contra las resoluciones de la Administración. Tales resoluciones judiciales son, según se ha indicado, la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional, de fecha 26 de septiembre de 1992, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las resoluciones administrativas denegatorias de la inscripción de las modificaciones estatutarias de la Hermandad recurrente, y la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 30 de junio de 1997, que declaró no haber lugar al recurso de casación formulado contra la mencionada Sentencia de la Audiencia Nacional. Es obligado resaltar que ambas Sentencias sitúan la corrección constitucional de la prohibición legal de asociaciones reivindicativas en el art. 28.1 CE, en relación con el art. 1.3 de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical (LOLS). Entendida así la cuestión controvertida, el precitado art. 181.1 de la Ley 85/1978, al prohibir conjuntamente "sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa", habría venido a hacer uso de la facultad que a la ley concede el art. 28.1 CE. A tal efecto, conviene recordar que este art. 28.1 CE, tras prescribir que "todos tienen derecho a sindicarse libremente", dispone que "la ley 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". Por su parte, el art. 1.3 LOLS exceptúa del ejercicio del derecho de libre sindicación a "los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar". En relación con lo expuesto, 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. Afirma esta Sentencia (FJ 6) que "el artículo 28 CE no sólo 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 del sindicato, caracterizado por la índole de los intereses que protege". Y concluye: "De ahí que para evitar, por encima de subterfugios formalistas, el ejercicio de actividades sindicales en las Fuerzas Armadas, el artículo 181 de las Reales Ordenanzas prohíba no sólo los 'sindicatos' sino también las 'asociaciones con finalidad reivindicativa'".

10. Frente a tal interpretación hemos de señalar que, como ya dijimos en la STC 67/1985, de 25 de mayo, FJ 3 c), el derecho de asociación que regula el art. 22 CE "se refiere a un género —la asociación— dentro del cual caben modalidades específicas", entre ellas las de aquellas asociaciones con especial relevancia constitucional, como son los sindicatos, los partidos políticos y las asociaciones empresariales (arts. 6 y 7 CE). Pero más allá de la común pertenencia a este género amplio **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 art. 28.1 CE.** Ello supone, en primer lugar, **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, reiteradamente reconocido por este Tribunal (STC 146/1999, de 27 de julio, FJ 6). Y supone también una **indebida extensión, a los expresados efectos, del concepto de sindicato, al desconocer, de hecho, otros rasgos que lo caracterizan**, tanto histórica como legalmente. Entre tales rasgos o caracteres figura, muy destacadamente, su esencial vinculación con la acción sindical que, según hemos declarado en numerosas sentencias [por todas SSTC 98/1985, de 29 de julio, FJ 2; 134/1994, de 9 de mayo, FJ 4 b), y 74/1996, de 3 de abril, FJ 4] se plasma en el ejercicio del **derecho de huelga** (art. 28.2 CE), en la **negociación colectiva** (art. 37.1 CE) y en la adopción de medidas de **conflicto colectivo** (art. 37.2 CE). Es suficiente reparar en tales medios de acción a disposición de los sindicatos para comprender que el art. 28.1 CE haya permitido que la ley llegue incluso a exceptuar del ejercicio del derecho de libertad sindical a los miembros de instituciones que están sometidas a la disciplina militar.

11. Establecido lo anterior, procede resaltar, además, algunos datos relevantes de la Hermandad recurrente, expresivos de su naturaleza y características.

a) La Hermandad recurrente **se constituyó originariamente como asociación** al amparo del art. 22 CE, **no como sindicato**; y así fue como la Hermandad accedió en 1988 al Registro de Asociaciones regulado en la Ley 191/1964, de 24 de diciembre. Así pues, la Hermandad no pretendió en ningún momento su reconocimiento como sindicato ni, lógicamente, siguió los trámites registrales propios de los sindicatos a que se refiere el art. 4 LOLS.

b) De los fines de la Hermandad, enunciados en el art. 3 de los Estatutos, solamente el indicado en el apartado c), antes transcrito, sirve de fundamento para la calificación de la Hermandad como asociación reivindicativa. Sin embargo, **su contenido no justifica que dicho fin sea califica-**

do como sindical o parasindical. Ciertamente, no cabe duda de que la Hermandad, al igual que los sindicatos de trabajadores a que hace referencia el art. 7 CE, persigue la satisfacción de intereses económicos y sociales; **pero esta afinidad no hace a la Hermandad un sindicato ni permite la confusión:** de los fines estatutarios no se deduce que la Hermandad se constituya en contrapoder frente a la Administración militar, ni que la Hermandad pretenda —más allá del estricto ámbito subjetivo de sus socios— la defensa o promoción de los intereses propios de los militares.

c) Conforme al art. 1 de los nuevos Estatutos (precepto sustancialmente coincidente con el art. 1 de los Estatutos fundacionales, de 1987) la Hermandad se constituye "**sin ánimo de lucro y con renuncia expresa a toda actividad política o sindical**", añadiéndose que "la Asociación se constituye al amparo del art. 22 de la Constitución española y se regirá por los presentes Estatutos, en consonancia con la Ley 191/1964 y normas complementarias".

12. La exposición que precede es de suyo suficiente para estimar que **la denegación por la Administración** del acceso de las modificaciones estatutarias de la Hermandad recurrente al Registro de Asociaciones, a los fines del art. 22.3 CE, denegación posteriormente confirmada en vía judicial, **carece de justificación constitucional.** Y ello porque no puede en absoluto 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 y, más concretamente, al amparo del art. 22 CE o del art. 28.1 CE. Así pues, **la denegación de la inscripción ha entrañado una lesión del derecho de asociación** de la Hermandad recurrente. Procede, por ello, el otorgamiento del amparo. En todo caso, son necesarias dos precisiones, que se indican a continuación.

13. Según se relató en el fundamento jurídico 1, la invocación del art. 22 CE iba acompañada de la denuncia de la infracción de los arts. 14 y 24.1 CE. De la simple lectura de estos motivos de amparo se llega a la conclusión de que trataba de denuncias complementarias respecto de la principal, que era la relativa al derecho de asociación. Pues bien, estimada la demanda de amparo en lo referente a la vulneración del derecho de asociación, que constituía el núcleo principal del recurso de amparo, resulta ya superflua toda consideración ulterior sobre si, además, las resoluciones impugnadas infringían el derecho de igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), según denunciaba la Hermandad recurrente.

14. Por último, de lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes se deduce con claridad que en la controversia constitucional no ha concurrido mala fe ni temeridad por parte de la Ad-

ministración personada, por lo que no procede la imposición de costas solicitada por la recurrente en amparo con fundamento en el art. 95.2 LOTC.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional falla a favor de la Hermandad recurrente y le reconoce que se ha vulnerado su derecho de asociación.

9.2 JURISPRUDENCIA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A continuación reproducimos una sentencia relativa al derecho de libertad de expresión. En ella, se estima el amparo solicitado frente a una sanción impuesta por una falta grave contra la disciplina por las expresiones vertidas al recurrir una sanción anterior. Es por tanto un supuesto particularmente peculiar pues lo que se sancionó fueron las expresiones utilizadas al recurrir en alzada. Se trata de la sentencia **102/2001 de 23 de abril de 2001**. Seguiremos igualmente la estructura, sin transcribirla en su integridad y subrayando lo más destacado.

En primer lugar, el Tribunal explica los antecedentes de la demanda.

1. El día 11 de junio de 1997 don José Luis Pinto Marabotto, Procurador de los Tribunales y de don José Antonio Lluna de la Peña, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 1997, que confirmó en casación la dictada por el Tribunal Militar Central el día 1 de diciembre de 1995, en recurso contencioso-disciplinario promovido contra resolución sancionadora del Excmo. Sr. General Jefe de la Región Militar Noroeste, de 7 de noviembre de 1994, confirmada por la dictada, al resolver recurso de alzada, el 15 de diciembre de 1994 por el Excmo. Sr. Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra.

2. El recurso de amparo se apoya en los siguientes hechos: a) El día 16 de junio de 1994 el Excmo. Sr. General Jefe de la Brigada de Infantería Ligera Aero Transportable (en adelante, BRILAT) sancionó al ahora demandante de amparo, Capitán de Infantería, con dos días de arresto en su Unidad como autor de una falta leve consistente en «hacer peticiones o reclamaciones prescindiendo del conducto reglamentario» (art. 12.8 de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de la Fuerzas Armadas). b) El día 28 de junio siguiente el Capitán Lluna de la Peña formuló recurso contra dicha sanción manifestando, entre otras consideraciones, lo siguiente: «Al permitirse al Excmo. Sr. General Jefe de la BRILAT, imponer una sanción en la que él es uno de los afectados, pienso que se quebranta el principio jurídico de garantizar la defensa del denunciante. Sobre todo, porque reaccionó de forma acalorada en la segunda audiencia, no ofreciéndome la posibilidad de

manifestar nada en mi descargo, ni alegar motivos de mi actuación, sino solamente el deseo de imponer una sanción por alguna causa...». «Considero que teniendo en cuenta todas las circunstancias anteriores, que la audiencia con V. E. debía estar próxima, que había fundadas suposiciones de que no le interesaba excesivamente el problema, y que podía pasar mucho tiempo hasta que pudiese hablar con el JEME...». «Había pasado veinte días cuando mandé la reiteración y la solicitud de audiencia, no me había llegado acuse de recibo, sabía que había tenido paralizaciones de tramitación, había hablado con los Ayudantes, para mí, no había logrado la satisfacción a la que me consideraba acreedor, y quedaba plenamente justificado el dar el siguiente paso, quizás me confundí, pero en aquel contexto decidí lo más digno de mi conciencia y honor, con amor a la responsabilidad...». «Me surge la duda de si este hecho aislado hubiera sido merecedor de sanción, si hubiese sido cometido por otro militar cualquiera, de acuerdo con el Principio de Equidad ante la Ley; o más bien se considera que es una forma de anteponer una supuesta demostración de fuerza o autoridad antes que hacer un cuidadoso estudio del asunto y llegar a conclusiones.» Como consecuencia de las expresiones anteriormente transcritas, el Capitán Lluna de la Peña fue sancionado, por el Sr. General Jefe de la Región Militar Noroeste mediante Resolución de 7 de noviembre de 1994, con un mes y un día de arresto, en establecimiento disciplinario militar, como autor de una falta grave prevista en el ordinal 15 del art. 9 de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, consistente en «emitir manifestaciones contrarias a la disciplina». d) Contra la indicada sanción, agotada la vía administrativa, se interpuso recurso contencioso-disciplinario militar con fundamento en el derecho constitucional a la defensa y a la libertad de expresión. El Tribunal Militar Central dictó Sentencia el día 1 de diciembre de 1995 desestimatoria del recurso. Contra esta Sentencia se interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que fue desestimado por Sentencia de 14 de mayo de 1997.

3. En la demanda de amparo se alega la vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en relación con el ejercicio del derecho de defensa en el seno de un procedimiento administrativo sancionador. La conculcación de los citados derechos fundamentales tendría su causa directa en la sanción disciplinaria que le fue impuesta y cuya impugnación se persigue mediante el ejercicio de la acción de amparo constitucional, aunque indirectamente también se solicita la declaración de nulidad de las Sentencias recaídas en la vía judicial precedente, en tanto que confirmaron su legalidad, declarándola ajustada a Derecho.

A continuación, como en toda sentencia, el Tribunal explica los pasos procesales que se siguieron luego de recibir la demanda: requerir testimonio del expediente, emplazar a los interesados,

traslado al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado, recibir el escrito de alegaciones del demandante, etc

El Abogado del Estado presentó su alegato el día 1 de junio de 1998. Su primera observación viene referida a la circunstancia de remitirse el recurrente al indicado voto particular como fórmula para la fundamentación de la demanda de amparo. Tras indicar que ese proceder no parece el más adecuado a las previsiones de la LOTC estima que, en todo caso, la diferencia entre la decisión de la mayoría y la manifestada en el voto particular es de matiz, lo que explica que en la opinión discrepante no se defienda expresamente la necesidad de alcanzar un fallo absolutorio. De hecho, el voto particular concluye señalando que no puede decirse que las expresiones proferidas por el sancionado «se hayan vertido con el buen modo y respeto exigibles». Antes bien, «al producirse en la forma en que lo hizo, el recurrente no se atuvo a esta exigencia y empleó innecesariamente una forma incompatible con ese respeto y buen modo», alcanzándose la conclusión de que no procedía sancionarlo con una falta grave. Del voto particular no resulta, pues, el reproche que formula el recurrente en el sentido de que ni la autoridad militar ni los órganos de la jurisdicción militar han tenido en cuenta sus derechos fundamentales. Antes bien, como atestigua la sola lectura de las resoluciones impugnadas, tales derechos fueron considerados y objeto de una diversa valoración, lo que explica la discrepancia manifestada en el voto particular. En este sentido, debe tenerse presente que en el enjuiciamiento de los hechos los órganos judiciales disfrutaban de un margen de apreciación que puede dar lugar a interpretaciones distintas, todas ellas conformes con los derechos fundamentales pretendidamente conculcados. En efecto, el derecho de defensa no puede concebirse como una ocasión propiciadora de inmunidad para cualquier expresión que se quiera proferir, sino que debe ajustarse a aquellas que sean necesarias para alegar y acreditar la pretensión. De este modo, cuando la libertad de expresión se enmarca en el contexto del derecho a la propia defensa, su finalidad ya no se identifica con su contenido general vinculado a la expresión de cualesquiera ideas y opiniones, sino que ha de concretarse y delimitarse en función de los objetivos del proceso. En razón de todo lo expuesto, concluye solicitando la desestimación de la demanda de amparo.

El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el día 5 de junio de 1998. Tras una sucinta exposición de los hechos, se determina que la controversia planteada tiene por objeto principal el **ejercicio de la libertad de expresión y los límites que para la misma pueden derivarse en relación con el ejercicio del derecho de defensa en un procedimiento disciplinario incoado contra quien se encuentra en una relación de sujeción especial**, como es el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas, sometidos a un sistema de disciplina y jerarquización indispensables para la organización militar. A estos efectos debe tenerse presente la doctrina de la STC 120/1996 en la

que se subraya la **primacía**, en estos casos, **del derecho de defensa**, advirtiéndose que «no pueden aplicarse los mismos criterios para juzgar la conducta y los límites de la libertad de expresión en el seno de las Fuerzas Armadas, cuando las expresiones que se trata de calificar como infracción disciplinaria se producen en el marco del ejercicio del derecho a impugnar una resolución administrativa». En definitiva, con arreglo a esta jurisprudencia (vid. también la STC 288/1994) **están protegidas por la libertad de expresión las frases o manifestaciones que se empleen en el ámbito de los recursos y medios jurídicos de impugnación de la actuación administrativa** que, por su vinculación con la tesis defendida y con el acto impugnado se sitúen en el marco de la discusión y del ataque a la fundamentación y a la racionalidad jurídica del acto recurrido o de sus efectos, debiéndose, sin embargo, excluir la expresión de insulto o las descalificaciones gratuitas. Desde esta perspectiva, las manifestaciones que dan origen a este proceso, en las que el actor ponía en duda la imparcialidad de la autoridad militar que le había impuesto la sanción recurrida, no parece que puedan ser tachadas de injuriosas o vejatorias, en tanto que están encaminadas a equilibrar su posición procesal y a aportar algún argumento de refuerzo a sus alegaciones de indefensión. Quizá el tono de las expresiones vertidas en el recurso sea inadecuado cuando se pretende poner de relieve que si el hecho lo hubiese cometido otro militar éste no habría sido sancionado. Ahora bien, no puede negarse que, con independencia de su mayor o menor fortuna, el demandante pretendía denunciar la arbitrariedad del acto y la falta de equidad de la autoridad que le había impuesto la sanción. Si, además, se tiene presente que conforme a la STC 157/1996 el derecho a la libertad de expresión permite realizar en este contexto aseveraciones de especial gravedad y dureza, con el sólo límite del insulto y la descalificación innecesaria, el Fiscal concluye interesando que se otorgue el amparo solicitado y se reconozca el derecho a la libertad de expresión del demandante.

A continuación, el Tribunal explica los fundamentos jurídicos de la sentencia.

El demandante, Capitán de Infantería Sr. Lluna de la Peña, pretende amparo frente a la sanción disciplinaria de un mes y un día de arresto en establecimiento disciplinario militar, impuesta en Resolución dictada el 7 de noviembre de 1994 por el General Jefe de la Región Militar Noroeste, y confirmada en vía de recurso de alzada por el Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército (JEME) mediante Resolución de 15 de diciembre siguiente. Ambas resoluciones sancionadoras imputan al militar demandante la falta grave de «hacer... manifestaciones contrarias a la disciplina», tipificada en el núm. 15 del art. 9 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, con motivo de las expresiones contenidas en el recurso de alzada por aquél formulado contra otra sanción de dos días de arresto en su Unidad, por falta leve del núm. 12 del art. 8 de referida Ley, que le había sido impuesta por el General Jefe de la Brigada

Ligera Aerotransportable, en que prestaba sus servicios el Capitán sancionado. Las citadas resoluciones sancionadoras de que trae causa este amparo fueron confirmadas en vía jurisdiccional, en virtud de Sentencia del Tribunal Militar Central de 1 de diciembre de 1995, al desestimar el recurso contencioso-disciplinario promovido por el recurrente, así como por la dictada en casación por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo el 14 de mayo de 1997, confirmatoria de la anterior. El objeto de este amparo es, pues, incardinable en el supuesto del art. 43 LOTC, dado que la lesión de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al derecho de defensa, que se aducen en la demanda, se atribuyen exclusivamente a la Autoridad militar sancionadora, sin que fueran reparadas en la vía judicial precedente. **La cuestión se centra, por tanto, en determinar si las aludidas expresiones vertidas en el recurso administrativo de alzada ante el órgano superior jerárquico, en el seno de la Administración militar, pueden estimarse como manifestación del ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1. a) CE], en directa relación con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), tal como propugna el recurrente y entiende el Ministerio Fiscal o si, por el contrario y como sostiene el Abogado del Estado, las referidas expresiones, a las que luego aludiremos en detalle, atendidas las circunstancias del caso y el contexto en el que fueron emitidas, excedieron de aquel ámbito constitucionalmente protegido, por lo que el reproche disciplinario no incurrió en lesión alguna de los derechos fundamentales del militar recurrente.**

2. En el origen de la sanción disciplinaria impuesta al demandante, por la comisión de la falta leve consistente en «hacer peticiones o reclamaciones prescindiendo del conducto reglamentario», del art. 8.12 de la Ley Orgánica 12/1985, se halla la denuncia por aquél formulada a la Fiscalía Jurídico Militar de lo que entendía como irregularidades o anomalías en el servicio, así como la preocupación por su destino con ocasión de la llamada «desactivación» del Batallón de Infantería Aero Transportable II/29, lo que motivó la solicitud de audiencia a los Mandos militares superiores, incluida la formulada al Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército, ante lo que consideraba una demora o dilación en la realización de dicha audiencia, de la que podía derivar un esclarecimiento respecto de su situación y destino militar. Estas vicisitudes han de ser puestas en relación con las alegaciones del recurso de alzada contra la sanción impuesta, por la falta leve de prescindir del conducto reglamentario en la solicitud de audiencia al Mando, dado que se inscriben en el ámbito de los argumentos utilizados para justificar la supuesta desatención al cauce o conducto reglamentario en la línea jerárquica de las Fuerzas Armadas. Así las cosas, para la adecuada valoración de las expresiones que han originado la sanción por falta grave, por reputarse contrarias a la disciplina, es necesario atender no sólo al ámbito del estatuto jurídico de los miembros de las Fuerzas Armadas y a los límites que para el ejercicio de determinados derechos fundamentales derivan de la

condición de militar, sino también al particular contexto en el que se vertieron aquellas expresiones, integradas como alegaciones sustentadoras del recurso de alzada frente a la sanción impuesta al demandante por la falta leve antes aludida.

3. Pues bien, esta tarea de ponderación ha de comenzar con el examen de nuestra propia jurisprudencia sobre la materia, especialmente en lo concerniente al derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] que, a pesar de su posición preferente, no está exento de límites que condicionan su ejercicio en aras a preservar otros derechos y bienes constitucionales. En principio, **estos límites son comunes a todos los ciudadanos, aunque existen miembros de determinados colectivos que**, en virtud de la función que desempeñan al servicio de un objetivo constitucionalmente relevante, quedan **sometidos a limitaciones específicas y, jurídicamente, más estrictas**. Éste es el singular caso de los miembros de las Fuerzas Armadas «en atención a las peculiaridades de éstas y las misiones que se le atribuyen» (STC 371/1993, de 13 de diciembre, FJ 4), de lo que se deriva, entre otras peculiaridades «su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida» (arts. 1 y 10 Reales Ordenanzas), por lo que el legislador puede «legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, siempre y cuando esos límites de la institución militar, que garantizan no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que puedan introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas, o, en términos de la STC 97/1985, FJ 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 CE les asigna, una especial e idónea configuración» (STC 371/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; STC 270/1994, de 17 de octubre, FJ 4). De este modo, 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.

4. Por su parte, desde el punto de vista del ejercicio del derecho de defensa que reconoce y garantiza el art. 24.2 CE, hemos declarado que **el ejercicio de la libertad de expresión en el seno de los procesos judiciales por los Letrados de las partes en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, «posee una singular cualificación, al estar estrechamente ligado a la efectividad de los derechos de defensa del art. 24 CE»** (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 4), puesto

que, como se afirmó en la STC 157/1996, de 6 de noviembre, FJ 5, «el derecho de los ciudadanos a la defensa y asistencia técnica de letrado implica un derecho a una defensa libremente expresada». **Este entendimiento** de la libertad de expresión, como libertad «especialmente reforzada por su inmediata conexión a la efectividad de otro derecho fundamental» (STC 157/1996, FJ 5) **es perfectamente trasladable a los supuestos de autodefensa** en los que, como ahora ocurre, es el propio ciudadano afectado quien, por no ser preceptiva la asistencia letrada, asume por sí mismo la defensa en el procedimiento de sus derechos e intereses legítimos. Así se vino a reconocer en la **STC 288/1994, de 27 de octubre**, al resolver un asunto que guarda notable similitud con el presente y en la que se señaló que no se estaba ante el «mero tema de la legitimidad de la limitación del derecho de libertad de expresión de un militar, en el ámbito castrense, sino de la limitación de la libertad de expresión en el ejercicio de otro derecho constitucional, el derecho de defensa» (FJ 2). Sin duda alguna, dicha circunstancia es determinante para ponderar la vulneración de derechos denunciada en la demanda de amparo, puesto que **«no pueden aplicarse los mismos criterios para juzgar la conducta y los límites de la libertad de expresión en el seno de las Fuerzas Armadas cuando las expresiones que se tratan de calificar como infracción disciplinaria, se producen en el marco del ejercicio de un derecho a impugnar una resolución administrativa, que en cuanto afecta también a otros derechos y valores constitucionales, ha de ser un elemento trascendente»** (FJ 2). No cabe, por otra parte, sino resaltar que en el presente caso, a diferencia del decidido por la mencionada STC 288/1994, 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 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**.

5. Expuestas las circunstancias del caso y los criterios jurisprudenciales que han de informar su enjuiciamiento, hemos de examinar si la sanción disciplinaria impuesta al demandante ha lesionado su derecho fundamental a la libertad de expresión, en conexión con su derecho de defensa, o si, contrariamente, sus manifestaciones extralimitan el lícito ámbito inherente al ejercicio del derecho de defensa o contienen expresiones que, por su forma, comprometen los valores de la disciplina

y jerarquía propios de la institución militar. Pues bien, **la sola lectura del texto por el que fue sancionado el demandante de amparo permite descartar la existencia de expresiones insultantes, vejatorias o difamatorias**, así como la presencia de consideraciones críticas referidas a la autoridad o a la institución militar, incorporadas de forma gratuita y carentes de toda conexión lógica con aquellos argumentos que pueden considerarse pertinentes o necesarios para articular procesalmente un alegato de defensa contra el acto sancionador. Por otra parte, ninguna duda ofrece el hecho de que **las afirmaciones vertidas en el mencionado escrito de recurso no recibieron ninguna otra clase de difusión o publicidad**, circunscribiéndose al ámbito interno del procedimiento disciplinario en el que fueron emitidas. Finalmente, no se puede desconocer que el demandante de amparo **ejercía su propia defensa**, no siendo Letrado ni teniendo conocimientos jurídicos, por lo que es perfectamente comprensible que la forma de expresar sus alegaciones en descargo de la sanción que le había sido impuesta, no siempre se ajustase a las formalidades propias del lenguaje técnico-jurídico. A partir de estas premisas, sólo cabe concluir que **las manifestaciones por las que fue sancionado el demandante de amparo se emitieron en el ejercicio legítimo de su derecho a la libertad de expresión, en este caso, proyectada sobre el derecho fundamental de defensa** (art. 24.2 CE). En efecto, la aseveración de que el General Jefe de la BRILAT no le concedió la posibilidad de manifestar nada en su descargo ni de aducir motivos de su actuación, se integra entre las alegaciones de carácter formal o procedimental, y se dirige a poner de relieve la ausencia, en criterio del sancionado recurrente, del formal trámite de audiencia en el expediente disciplinario sustanciado para la imposición del correctivo por falta leve. Por lo que atañe a las dilaciones o supuestas paralizaciones en la tramitación de la audiencia instada por el Capitán demandante, así como la afirmación de que al General Jefe de la Región Militar Noroeste no le interesaba excesivamente el problema, formulada ésta en términos de suposición, se enmarcan en el contexto justificativo de la solicitud de audiencia al JEME sin haber sido antes oído por el Mando militar de la Región, es decir, constituyen argumentos con los que se intenta justificar que no concurría en el caso, o no debía interpretarse, al menos, de forma estricta o rigurosa, la circunstancia de «prescindir del conducto reglamentario», como elemento integrante de la falta disciplinaria leve tipificada en el art. 8.12 de la Ley Orgánica 12/1985. Finalmente, dentro de las alegaciones del recurso de alzada relativas al fondo o contenido, el militar sancionado manifiesta en términos dubitativos («me surge la duda», comienza diciendo la tercera y última alegación) si la misma conducta hubiera determinado la imposición de sanción al ser cometida «por otro militar cualquiera», con lo que se sitúa el recurrente en el contexto global de lo acaecido, que tuvo su origen en la denuncia por él formulada y en su particular insistencia en la celebración de las audiencias solicitadas, aludiendo así al principio de igualdad ante la ley, al que impropriamente denomina «equidad». Y si bien el otro término de la alternativa, al decir que el ejercicio de la potestad disciplinaria puede implicar el anteponer una supuesta demos-

tración de fuerza o autoridad al cuidadoso estudio del asunto, no es expresión correcta desde el punto de vista del respeto exigible a la autoridad militar concernida, no puede menos de reconocerse que tal expresión se inscribe también en el ámbito de la crítica argumentativa frente al acto sancionador recurrido, imputándole excesivo rigor o falta de proporcionalidad en la aplicación del ilícito disciplinario, sin que constituya descalificación personal del superior jerárquico que impuso la sanción. Por todo ello, hemos de concluir que la sanción disciplinaria de arresto de un mes y un día impuesta al militar demandante **vulneró su derecho fundamental a la libertad de expresión** del art. 20.1.a CE, en conexión con el derecho a la defensa de sus derechos o intereses legítimos reconocido en el art. 24.2 CE.

Finalmente, el Tribunal expone su fallo: estimar el recurso de amparo y reconocer al demandante su derecho a la libertad de expresión (art. 20.1), en conexión con el derecho de defensa (art.24.2).

9.3 JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD (ART. 14 C.E.), A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR (ART. 18.1 C.E.), A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS, A LA ATENCIÓN LETRADA Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ART. 24.2 C.E.), Y A NO SER SANCIONADO POR ACCIONES U OMISIONES QUE EN EL MOMENTO DE PRODUCIRSE NO CONSTITUYEN DELITO FALTA O INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

Se trata, en este caso de una sentencia del Tribunal Constitucional que, si no se tratase de un documento jurídico calificaríamos de relato surrealista por los hechos sobre los que versa, aunque la argumentación jurídica, que es lo que nos interesa, es impecable y esclarecedora a los efectos de delimitar una serie de derechos: el derecho a la intimidad, el derecho a un proceso con las debidas garantías, el derecho a ser juzgado por hechos que constituyeran infracción penal al tiempo de ser cometidos, etc.

Hablamos de la **STC 151/1997 de 29 de septiembre**, que transcribiremos de nuevo respetando su estructura pero sin reproducir literalmente todo su contenido. De nuevo, subrayamos en negrita lo más relevante a efectos de esta tesis.

En primer lugar, se exponen los antecedentes.

Por escrito registrado en el Juzgado de Guardia el día 5 de diciembre de 1994 con entrada efectiva en el Registro de este Tribunal el día 13 siguiente. Don Javier Iglesias Gómez Procurador de los Tribunales y de don Adolfo Pedro Cristóbal Díaz interpone recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 1994 en el recurso contencioso-disciplinario militar núm. 2/59/93 por la que se desestimaba su pretensión de que se declarase la nulidad de la Orden del Ministerio de Defensa de 13 de noviembre de 1979 en virtud de la cual se declaraba la separación del servicio del hoy recurrente en amparo pasando a la situación de retirado.

El recurso de amparo se fundamenta en los siguientes hechos:

a) El 21 de septiembre de 1979 el Tribunal de Honor constituido al efecto en la Sala de Juntas del Regimiento de Artillería de Campaña núm. 25 con sede en Vitoria para enjuiciar al Capitán de Artillería de la Escala Activa. Grupo de Mando de Armas don Adolfo Pedro Cristóbal Díaz por la imputación de consentimiento de adulterio de su mujer con un Teniente de Infantería y de robo de 55.000 pesetas del Hogar del Soldado del Regimiento acordó proponer la separación del servicio del actor por entender que los hechos debían calificarse como deshonorosos.

b) En virtud de dicho fallo por Orden del Ministerio de Defensa de 13 de noviembre de 1979. el actor queda separado del servicio pasando a la situación de retirado.

c) Asimismo, según manifiesta el actor, y parece deducirse de las actuaciones, se le formó Consejo de Guerra por el supuesto robo de 55.000 pesetas en el Hogar del Soldado de su Regimiento, en el que resultó absuelto.

d) Aunque inicialmente contra la resolución del Ministerio de Defensa acordando la separación del servicio como consecuencia de propuesta del Tribunal de Honor no cabía recurso alguno, tras diversos escritos del interesado, informe de los Servicio Jurídicos del Ministerio de Defensa y del Consejo de Estado, el Ministro de Defensa dictó resolución, fechada el 19 de Octubre de 1993, por la que anulaba la Orden ministerial de 13 de noviembre de 1979, sólo en lo que se refería a la imposibilidad de interposición de recurso judicial alguno; ello permitió al actor acudir inicialmente a la vía contencioso-administrativa (Sala de dicha jurisdicción de la Audiencia Nacional), y, posteriormente, a la Sala Quinta del Tribunal Supremo que, en el recurso contencioso-disciplinario mili-

tar núm. 2/59/93, dictó Sentencia el 31 de octubre de 1994 desestimándolo, y que ahora se impugna en amparo.

La demanda de amparo alega la violación de diversos derechos constitucionales:

a) La del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), en que habría incurrido el Tribunal de Honor (falta de asistencia letrada; formulación de cargos; su no composición por Jueces). Además, como la norma reguladora del procedimiento por la que entonces éstos se regían habría quedado derogada por la Constitución, la resolución administrativa dictada en su aplicación, afirma el solicitante de amparo, es nula.

b) La del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.) reproche éste dirigido contra la Sentencia aquí impugnada, por no haber llevado a cabo actividad probatoria alguna y asumir la imputación formulada por el Tribunal de Honor. La Sentencia infringiría la presunción de inocencia al admitir como prueba una valoración personal o impresión subjetiva sobre unos hechos no probados.

c) La del art 25 C.E., ya que la resolución administrativa, y la judicial que la confirma, resultaría atentatoria del mencionado precepto porque el adulterio no era entonces delito -menos aún su consentimiento, que nunca ha estado castigado-; porque se le habría juzgado dos veces por el mismo delito (Tribunal de Honor y Consejo de Guerra), y, en fin, porque la expresión «dignidad militar» es en exceso abierta y produce indefensión.

d) La del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 C.E.), que habría quedado vulnerado por entrar a conocer unos hechos, como los aquí producidos (el consentimiento de adulterio de su mujer), que no afectan a terceros.

e) La del derecho a la igualdad (art. 14 C.E.), puesto que ningún otro miembro de otra profesión fue objeto de sanción alguna por hechos semejantes. Se habría producido así una «discriminación por circunstancia social».

f) Finalmente, se alega la violación de algunos artículos con carácter subsidiario y en relación con los artículos invocados, 9.1, 9.3 Y disposición derogatoria tercera C.E.

Por todo ello, se solicita de este Tribunal que otorgue el amparo, declarando la nulidad de la Orden ministerial de 13 de noviembre de 1979; subsidiariamente se solicita que se declare que el Tribunal de Honor no respetó los derechos constitucionales del recurrente, debiendo retrotraerse las

actuaciones al momento inmediatamente anterior al que el Tribunal Supremo dictara Sentencia, para que éste dicte una nueva en virtud de las pruebas efectivamente practicadas en el procedimiento.

A continuación, el Tribunal explica los trámites procesales que se produjeron como acordar dar vista de las actuaciones al Abogado del Estado, al Ministerio Fiscal, la evacuación del trámite de alegaciones por la parte demandante, etc.

Por escrito registrado el 11 de septiembre de 1995, el Abogado del Estado formula sus alegaciones. En su escrito señala que no se han producido las vulneraciones constitucionales denunciadas y, en consecuencia, suplica la denegación del amparo pretendido. A su juicio, la invocación del art. 18 C.E. es meramente retórica y, en realidad, se confunde con la argumentación construida al amparo del art. 25 C.E. La conducta calificada como deshonrosa trascendió, sin duda, más allá del círculo íntimo del solicitante de amparo y fue conocida por sus compañeros y por el mando como se infiere con evidencia del hecho incontestable de haber motivado la Constitución del Tribunal de Honor. También carece de toda solidez la cita del art. 14 C.E. La función primordial que, en el ámbito militar, cumplen la subordinación jerárquica y la disciplina se manifiesta en la especial situación de sujeción en la que se encuentran los miembros de las Fuerzas Armadas. Estas circunstancias justifican que determinadas conductas o actuaciones puedan tener en ese ámbito una trascendencia que no presentan en la vida civil. Si lo que el recurrente considera contrario a la igualdad es esta diferencia entre la vida militar y la civil, es manifiesta la falta de idoneidad del término de comparación seleccionado.

Señala a continuación que la demanda confunde la indefensión administrativa con la judicial y resulta preciso aclarar dicha confusión, sobre todo cuando la actuación administrativa fue posteriormente revisada por un órgano judicial-la Sala Quinta (de lo Militar) del Tribunal Supremo- en un proceso contencioso disciplinario militar. En la STC 21/1981, se indicó que «las faltas militares graves y sus correcciones no forman parte en el Código de Justicia Militar del Derecho Penal sino del régimen disciplinario». y hay que tener en cuenta que estamos en presencia de un acción disciplinaria por la que se sancionó al recurrente, como autor de una falta grave, con la separación del servicio.

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que no cabe una íntegra traslación del contenido del derecho a un proceso con las debidas garantías al ámbito administrativo sancionador. La STC 21/1981 y más tarde la STC 44/1983, enseñaron que «en el ámbito militar, en el que la

subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, 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». Esta doctrina fue perfilada para «aquellos casos en .que la sanción disciplinaria conlleva privación de libertad», pero dejando sentado que «el art 24.2 al estar orientado hacia el proceso judicial penal no es de aplicación inmediata al régimen disciplinario».

Con arreglo al Código de Justicia Militar (C.J.M.), vigente cuando se produjeron los hechos y hasta su derogación por la Ley Orgánica de 13 de abril de 1989, los Tribunales de Honor no adoptan ninguna resolución ejecutiva, limitándose a formular una propuesta de «separación del servicio del inculcado» (arts. 1.036 y 1.039 C.J.M.), si estimasen que los hechos sometidos a su juicio constituyen «actos contrarios al honor o dignidad» del militar o «conducta deshonrosa para sí. para el Arma o Cuerpo a que pertenezca o para los Ejércitos» (art. 1.025 C.J.M.). Las actuaciones seguida ante los Tribunales de Honor integran la fase previa o instructora del expediente sancionador, en los casos previstos en el arto 1.025 C.J.M.

Para el Abogado del Estado el estudio de las normas reguladoras del procedimiento descubre su pleno ajuste a las exigencias constitucionales. Todas las garantías (arts. 1.033, 1.034 Y 1.035 C.J.M.) fueron debidamente observadas con el recurrente. En la tramitación administrativa ante el Tribunal de Honor se respetaron las garantías constitucionales del recurrente, que pudo alegar y probar cuanto a su derecho convino con relación a los hechos sancionados.

También, a juicio del Abogado del Estado, la presunta violación del derecho a la presunción de inocencia, que se imputa tanto a la resolución administrativa sancionadora como a la Sentencia del Tribunal Supremo, carece de todo fundamento. En efecto, el Acta de la sesión celebrada por el Tribunal de Honor el 21 de septiembre de 1979, que obra en las actuaciones, contiene una relación de las diversas pruebas que fueron tenidas en cuenta por el Tribunal para formular su propuesta. Entra éstas destaca, sin duda, la documental aportada por el interesado y su propia confesión. Con toda rotundidad se afirma así por el Tribunal Supremo al desestimar la alegada vulneración de la presunción de inocencia por haber sido «desvirtuada por las manifestaciones del propio inculcado ante el Tribunal de Honor, que reconoce paladinamente los hechos que se le imputan y que no niega tampoco en el momento presente».

Analiza, finalmente, la pretendida infracción del arto 25 C.E., señalando que fue el consentimiento del adulterio de su mujer con un Teniente de Infantería el hecho que tanto el Tribunal de Honor en su propuesta, como el Ministro competente y la Sala Quinta del Tribunal Supremo consideraron contrario al honor y dignidad militar y merecedor, por tanto, en aplicación razonada del Código de Justicia Militar, de la sanción de separación del servicio. Frente a este entendimiento de las cosas se alza el recurrente, para quien «determinados hechos o actitudes pueden servir para obtener reproches sociales de determinadas personas, pero no pueden servir de base para la imposición de sanciones en virtud de conceptos tan abstractos como "dignidad militar", ya que ello conlleva una inseguridad jurídica que consideramos contraria al espíritu y la letra del arto 25 C.E.».

Es cierto que este Tribunal ha extraído del derecho a la legalidad de la sanción administrativa consagrado en el arto 25.1 C.E. «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" (STC 116/1993). Pero este modo de tipificación de las conductas 'infractoras no merecerá reproches de constitucionalidad cuando, como sienta la STC 270/1994, vaya acompañado de actos externos mediante los que se lesione o ponga en peligro un interés jurídicamente protegido.

El examen de las actuaciones pone de manifiesto que la sanción de separación del servicio fue acordada tras haberse acreditado determinados hechos, con trascendencia externa y claramente individualizables, que fueron considerados contrarios el honor y la dignidad militar. En esta valoración de los hechos -que salvo caso de flagrante arbitrariedad o total falta de motivación es una cuestión de mera legalidad ordinaria- coincidieron el Tribunal de Honor, el Ministro competente y la Sala Quinta del Tribunal Supremo. No parece discutible el alcance público de la conducta observada, que de haberse producido sólo en el círculo privado y familiar no habría dado lugar a la Constitución del Tribunal de Honor. El interés jurídico protegido al sancionar esta conducta fue el prestigio de la Institución y sus funciones, en los términos que resultan de las Ordenanzas militares; y la preservación del orden y la disciplina militar, que se estimó podrían verse gravemente alterados por los hechos relatados, los cuales enfrentaban, con notoriedad pública a un Capitán y a un Teniente del Ejército. En definitiva, el Abogado del Estado concluye solicitando la denegación del amparo.

Mediante escrito registrado el 21 de septiembre de 1995, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional formula sus alegaciones. Comienza señalando que la demanda de amparo se interpone contra

la Orden ministerial que acordó la separación del servicio, y contra la Sentencia judicial únicamente en cuanto ésta, al desestimar el recurso contencioso-disciplinario militar, constituye simplemente el llamado «agotamiento de la vía judicial precedente»; por ello, el presente recurso debe entenderse interpuesto de conformidad con el arto 43 LOTC, ya que ninguna lesión de derecho fundamental se atribuye de forma autónoma a la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Continúa señalando que, los Tribunales de Honor suprimidos por la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, no son órganos jurisdiccionales, sino administrativos: Por ello debe tenerse en cuenta que, de una parte, no todas las garantías del arto 24.2 C.E. son automáticamente trasladables al procedimiento administrativo sancionador, y de otra que determinadas irregularidades resultan subsanadas por el acceso del interesado a los Tribunales (ATC 581/1986).

Pone de manifiesto el Ministerio Fiscal que el demandante (**aparte de que si hubiese estado debidamente asesorado en aquella época, habría podido interponer un recurso de amparo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva**) consiguió que el Ministerio anulara la orden de separación del servicio en el extremo relativo a dicha prohibición, lo que le permitió acudir a los recursos contencioso-administrativo y contencioso disciplinario militar resuelto por la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, ahora recurrida también en amparo. De este modo obtuvo la tutela judicial efectiva consistente en que un Tribunal de la jurisdicción ordinaria controló la legalidad de la decisión administrativa sancionadora no sólo desde una perspectiva procedimental sino también de fondo.

Por otra parte el carácter disciplinario militar y por ende administrativo (y no jurisdiccional o judicial) de los Tribunales de Honor y el hecho de que sus funciones y competencias fueran similares a las de un instructor de expediente sancionador conllevan que las menciones del demandante de amparo a los integrantes del Tribunal de Honor carezcan de contenido constitucional.

Por lo que se refiere a la exclusión de la asistencia letrada, aparte de que el mismo está configurado esencialmente para los procesos penales y no para el propio procedimiento administrativo sancionador podemos observar que, de una parte el interesado no hizo ninguna manifestación al posible uso de ese derecho (ciertamente no previsto pero tampoco prohibido expresamente en la normativa reguladora de la composición y funcionamiento de los Tribunales de Honor) y de otra que nada le hubiera impedido buscar el adecuado asesoramiento jurídico al menos en el momento en que conoció la propuesta de sanción para ejercitar las acciones que estimara pertinentes como así

hizo, y con éxito (al menos en lo que se refiere al acceso a los Tribunales) con posterioridad de modo que pudo además en dicho proceso judicial ejercitar con plenitud su derecho de defensa, por lo que en todo caso, la ausencia de asistencia letrada no le produjo ninguna indefensión material. Por todo lo expuesto, el Fiscal considera que las alegaciones del demandante referidas a la supuesta violación de su derecho a un proceso con todas las garantías entre las que incluye expresamente la supuestamente necesaria profesionalidad en Derecho de los componentes del Tribunal de Honor, su imparcialidad y la necesidad de asistencia letrada carecen de contenido constitucional.

En cuanto a la denunciada infracción del principio de legalidad señala el Ministerio Fiscal que el arto 1.025 del C.J.M. vigente en el momento de los hechos, sometía a los Tribunales de Honor a los militares que «cometan un acto contrario a su honor o dignidad u observen una conducta deshonrosa para sí para el Arma o Cuerpo a que pertenezcan o para los Ejércitos». Si se tiene en cuenta que la subsunción de los hechos en el tipo de injusto (sea penal o administrativo sancionador) es, en principio de legalidad ordinaria la Sala Quinta del Tribunal Supremo considera que determinados actos que afectan a la dignidad u honor personales pueden en ciertos casos, trascender de dicho ámbito puramente personal para afectar el colectivo profesional al que se pertenece (manifestando expresamente que «la dignidad militar debe ser entendida como la seriedad y decoro que puede esperarse del comportamiento habitual del militar») (fundamento de derecho 2.º) y finalmente que la conducta imputada al ahora demandante de amparo no es la de un simple consentimiento del adulterio de su cónyuge sino que ello se dio con un cúmulo de circunstancias que evidencian tanto una cierta publicidad, como unas peculiaridades a las que la Sentencia recurrida atribuye suficiente entidad para entender que se ha rebasado notoriamente el ámbito de relaciones estrictamente privadas para llegar a una situación que afectaba no sólo a la dignidad personal del interesado sino también a los requisitos exigidos para su permanencia en el Arma a la que pertenecía.

Es cierto, prosigue que los términos «honor» o «dignidad» constituyen lo que en la terminología jurídico penal se denominan «conceptos normativos» de carácter social que en definitiva, tienen un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término «concepto jurídico indeterminado» se incluyen multitud de supuestos) pero debe tenerse en cuenta que «no vulnera la exigencia de *lex certa* que incorpora el arto 25.1 C.E. la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos técnicos y de experiencia y permitan prever por consiguiente con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada pues como ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones (STC 62/1982 y ATC 703/1984 entre otras resoluciones) dado que los conceptos legales no pueden alcanzar por impedirlo la propia natu-

raleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable con arreglo a los criterios interpretativos antes enunciados» (STC 69/1989. ATC 37/1993).

En el presente caso dado que la Sentencia recurrida ha atendido para perfilar y concretar el concepto «dignidad militar» al conjunto de la legislación reguladora de la profesión del militar llegando a la conclusión de que éste ve ampliadas las exigencias de actividad y situación personal de dichos profesionales en comparación con otros entiende el Fiscal que se han cumplido en este caso los requisitos exigidos por el principio de legalidad sancionadora, y ello tanto bajo la vigencia del Código de Justicia Militar como a través de la vigente Ley Orgánica Disciplinaria de las Fuerzas Armadas.

En lo que se refiere a la presunción de inocencia, entiende el Fiscal que ha existido prueba de cargo suficiente especialmente cuando como en el caso presente el interesado no sólo no niega la veracidad de los hechos (ATC 2/1992) sino que los reconoce y pretende (como en definitiva hizo en el recurso contencioso-disciplinario militar) no tanto demostrar que no hubo en absoluto prueba de cargo suficiente (único supuesto en que este Tribunal puede otorgar el amparo) sino discutir la apreciación de la prueba practicada hecha por el órgano administrativo (Tribunal de Honor) y controlada posteriormente por la Sala Quinta del Tribunal Supremo (pues en estos casos el órgano judicial no impone la sanción sino que la controla) lo que pertenece a la legalidad ordinaria y no permite el amparo por esta alegación.

En cuanto a la pretendida vulneración del principio de igualdad además de no aportar término de comparación alguno las alegaciones que efectúa son en todo caso, inadecuadas; la Sentencia recurrida en amparo da una explicación razonada y fundada en Derecho en base a un análisis del conjunto normativo regulador de la profesión militar, a las razones de una mayor exigencia no sólo en su actividad profesional sino incluso en determinados aspectos de su vida privada más aun cuando sus actos han trascendido de la misma; todo ello evidencia que la sanción impuesta no ha tenido móvil discriminatorio alguno ni se ha traducido en una real discriminación.

Por último en lo que se refiere a la supuesta violación del derecho a la intimidad ninguna infracción se observa: la sanción impuesta no lo fue (como afirma la Sentencia recurrida) simplemente por el adulterio de su cónyuge, ni siquiera por el consentimiento prestado por el demandante, sino por un cúmulo de circunstancias concurrentes en dicha situación, que llevaron a considerar tanto al

Tribunal de Honor como a la Sala Quinta del Tribunal Supremo que los hechos trascendían notoriamente del ámbito personal y familiar, para adquirir un carácter no sólo social sino incluso de imagen profesional afectando al honor y dignidad legalmente exigibles a un militar y por tanto a la propia dignidad militar términos empleados por la normativa actualmente vigente.

Por todo lo expuesto, el Fiscal interesó la desestimación del recurso.

A continuación, el Tribunal expone los fundamentos jurídicos de la sentencia.

El recurrente, dice el Tribunal, era capitán de artillería cuando a raíz de una imputación de consentimiento en la relación adúltera que mantenía su cónyuge fue sancionado por un Tribunal de Honor con la separación del servicio y con el pase a la situación de retirado. La correspondiente Orden ministerial fue declarada válida y conforme a Derecho por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo frente a las alegaciones que ahora se reproducen en esta sede y que atribuyen a aquel procedimiento disciplinario militar la vulneración de diversos derechos fundamentales: a la igualdad (art. 14 C.E.), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 C.E.), a un proceso con todas las garantías, a la asistencia letrada y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), y a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito falta o infracción administrativa (art. 25.1 C.E.).

Nos encontramos pues ante una solicitud de amparo frente a un acto de la Administración regulada en el arto 43 LOTC. La extensión de su objeto a la Sentencia del Tribunal Supremo no se produce porque se le atribuyan a la misma nuevas vulneraciones de derechos fundamentales sino porque culmina la vía judicial precedente al amparo sin que a juicio del recurrente, haya declarado y reparado las infracciones que había ocasionado la decisión administrativa.

2. A lo largo de los seis motivos que se sintetizan en los antecedentes de hecho la demanda suscita diversas cuestiones relativas tanto a derechos de contenido sustantivo como a las garantías procedimentales esenciales que recoge el arto 24.2 C.E. De modo comprensible para la defensa de sus intereses máxime a la vista de la antigüedad de la inicial Orden ministerial sancionadora que data de 11 de enero de 1980 el recurrente sitúa prioritariamente su *petitum* en la nulidad radical de la misma y sólo subsidiariamente en su anulación orientada a la retroacción de actuaciones y a la corrección de las quebras esenciales de procedimiento. La racionalidad de esta ordenación de sus pretensiones desde la perspectiva de la protección y reparación efectiva de los derechos fundamentales nos inclinan a separarnos de nuestra práctica habitual de anteposición del análisis de los moti-

vos formales y a comenzar el presente por las denuncias más radicales de carácter sustantivo que el recurrente concreta en tres alegaciones: las dos primeras se refieren al derecho a la legalidad penal desde la perspectiva de los principios de taxatividad y de tipicidad; la tercera al derecho a la intimidad (art. 18 C.E.).

Concretamente denuncia en primer lugar que se le ha sancionado mediante la aplicación de una norma abstracta en exceso y por ello generadora de una inseguridad jurídica «contraria al espíritu y la letra del arto 25 de la Constitución». El tipo sancionador que se aplicó al hoy recurrente fue el que recogía el arto 1.025 del C.J.M. Dicho precepto sometía a juicio y fallo de los Tribunales de Honor a «los Generales. Jefes y Oficiales de los Ejércitos en situación de activo o reserva que cometan un acto contrario a su honor o dignidad u observen una conducta deshonrosa para sí para el Arma o Cuerpo a que pertenezcan o para los Ejércitos». Su sucesor en el entendimiento de la Sentencia impugnada del Tribunal Supremo vigente en el momento del dictado de ésta y también actualmente, es el arto 59.3 de la Ley Orgánica 12/1985 de 27 de noviembre del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas que sanciona el «observar conductas gravemente contrarias a la disciplina servicio o dignidad militar que no constituyan delito».

Discute la demanda, en segundo lugar la corrección de la subsunción realizada. Así, después de señalar que el consentimiento del adulterio no es delito -cosa que por cierto, no niegan las Resoluciones recurridas- o afirma que el referido arto 1.025 del C.J.M. ha sido aplicado a un supuesto no previsto en la norma puesto que en modo alguno afecta al honor militar el hecho de consentir la infidelidad conyugal máxime en atención a circunstancias concurrentes tales como la vigencia a la sazón del principio de indisolubilidad del matrimonio la protección de, sus hijas y las amenazas de su esposa de quitarse la vida o acabar con la de sus hijas. En suma achaca a las resoluciones traídas a este proceso la vulneración del principio de tipicidad penal al haber llevado a cabo una extensión *in malam partem*.

Por último, la pretendida vulneración del derecho a la intimidad se basaría, a juicio del recurrente en que los hechos de que se le acusa han tenido lugar en la más estricta esfera familiar en la que los poderes públicos no pueden entrar ya que “su potestad y soberanía es exclusiva del individuo y de su entorno familiar”.

3. Respecto de la primera de las tres alegaciones este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar que el contenido constitucional del principio de legalidad en el ámbito penal que se expresa en las exigencias de ley *certa, praevia, scripta et stricta* comporta en primer lugar un mandato frente al

legislador el de taxatividad, según el cual **han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el «máximo esfuerzo posible» (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica** es decir para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever así las consecuencias de sus acciones.

Como consecuencia o concreción directa de este mandato surgen una serie de prohibiciones entre las que destacan por lo que aquí interesa la interdicción de que el derecho infralegal opere como fuente inmediata de las infracciones y sanciones, o que unas y otras puedan establecerse o imponerse en virtud de normas consuetudinarias o finalmente que el derecho sancionador pueda ser creado por los jueces.

Con todo como también hemos dicho en repetidas ocasiones y en concreto como veremos de inmediato respecto del precepto aquí aplicado **las exigencias dimanantes del principio de legalidad pueden ser compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial, si bien en tales casos** para que pueda entenderse respetado el principio de legalidad **es preciso que la complementación exista realmente.**

En efecto constituye doctrina consolidada de este Tribunal la de que **el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados aunque su compatibilidad con el artº 25.1 C.E. se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos técnicos o de experiencia** de tal forma que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (SSTC 69/1989 fundamento jurídico 1.º; 219/1989 fundamento jurídico 5.º; 116/1993, fundamento jurídico 3º; 305/1993. fundamento jurídico 5º; 26/1994 fundamento jurídico 4º; 306/1994 fundamento jurídico 3º; 184/1995 fundamento jurídico 3º). Esta compatibilidad es especialmente posible en el ámbito del Derecho disciplinario donde los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que por estimarse ilegítimas se hallan prohibidas por el ordenamiento y pueden por consiguiente ser sometidas a sanción.

En todo caso admitir la compatibilidad entre el artº 25.1 C.E. y la incorporación en los tipos sancionadores de cláusulas normativas abiertas **no significa que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos ya que tan sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela desde la perspectiva constitucional y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos.**

La aplicación de esta doctrina a los conceptos ahora cuestionados por su abstracción fue realizada ya por la **STC 270/1994**. Su conclusión fue la siguiente: «Cuando el artº 59.3 de la L.O.R.D.FA se refiere como fundamento de la sanción extraordinaria que en él se prevé al comportamiento consistente en "observar conductas gravemente contrarias a la disciplina servicio o dignidad militar que no constituyan delito" está definiendo como motivo de la indicada sanción la realización de actos externos e individualizables que sean constitutivos de un grave atentado a la "disciplina, servicio o dignidad militar". Así entendido el tipo en cuestión no se opondría a la exigencia de taxatividad derivada del derecho reconocido en el artº 25.1 C.E. ya que pese a su aparente concreción los conceptos acabados de mencionar resultan perfectamente determinables» (fundamento jurídico 6.º).

Sin embargo si se admitió la constitucionalidad del precepto aquí enjuiciado a pesar de incorporar conceptos normativos abiertos fue porque esos conceptos eran «determinables» de modo que **el problema de constitucionalidad se traslada del legislador al intérprete y aplicador de la norma**. Este debe realizar esta labor siguiendo pautas objetivas y no discrecionales que determinen y complementen dichos preceptos haciéndolos previsibles y garantizando la taxatividad de la norma.

Atendiendo a las exigencias que del principio de legalidad derivan respecto del aplicador y en especial respecto del Juez la presencia de cláusulas normativas necesitadas de valoración judicial obliga a éste a indagar los cánones objetivos que han de regir dicha valoración atendiendo en casos como el presente a los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente depurados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y especialmente desde la Constitución.

Todo este proceso de concreción de las cláusulas relativamente indeterminadas a que aludimos ha de hacerse según hemos dicho de modo explícito. El déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el Juez lo colma. Y la única manera de llevar a cabo esta tarea de conformidad con el artº 25 C.E. es hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo. Ello significa que como sucede en el ámbito de otros derechos fundamentales también la garantía del citado precepto constitucional puede vulnerarse por la ausencia de un adecuado razonamiento que ponga de manifiesto el cumplimiento de sus exigencias.

Podemos avanzar ya que **en las resoluciones enjuiciadas no se explicita suficientemente el proceso de concreción de los conceptos indeterminados de honor** contenidos en el art. 1.025 del C.J.M. vigente en el momento de producirse los hechos objeto de sanción. Sin embargo antes de proceder al análisis concreto de esas resoluciones conviene en este caso que exponamos la *ratio decidendi* relativa a las otras dos alegaciones traídas a este proceso puesto que como comprobaremos todas ellas tienen un denominador común que, al completarse y reforzarse aconseja su aplicación conjunta al supuesto aquí examinado.

4. En cuanto a la alegación relativa a la infracción del principio de tipicidad integrado en el derecho a la legalidad penal basada en que las resoluciones aquí recurridas han llevado a cabo una aplicación extensiva *in malam partem* del precepto de la ley, este Tribunal ha reiterado que **la prohibición de este tipo de interpretaciones, así como la de la interpretación y aplicación analógica, integra junto a la exigencia de la tipificación de los ilícitos y las sanciones mediante *lex scripta. praevia, certa et stricta* el contenido del principio de legalidad penal y el del correspondiente derecho fundamental del art. 25.1 C.E.**

En rigor como hemos expuesto en la reciente STC 137/97 la garantía de tipicidad que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y en su caso la Administración con unas «concretas precisas claras e inteligibles» (STC 34/1986. fundamento jurídico 5.º).

El principio de legalidad en el ámbito sancionador es un principio inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar (art. 9.3) lo configura como contenido de un derecho fundamental de las personas (art. 25.1) y lo recuerda como límite en la definición del Estatuto y de la competencia esenciales de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1). Este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de 'las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla. Como afirmaba la STC 75/1984 en referencia al Derecho Penal **«el derecho (...) de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente (...) que es garantía de la libertad de los ciudadanos no tolera (...) la aplicación analógica *in peius* de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que**

reúnen todos los elementos del tipo descrito y son objetivamente perseguibles» (fundamento jurídico 5.º). O, en palabras de la STC 133/1987. **«el principio de legalidad (...) significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas e impide como límite a la actividad judicial que el Juez se convierta en legislador»** (fundamento jurídico 4.º).

Establecido el contenido de este aspecto del principio de legalidad penal y precisado su fundamento conviene concretar cuál es el alcance del control que el Tribunal Constitucional puede ejercer en su aplicación respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores efectuados por los órganos judiciales y cuáles son las pautas o criterios que deben regir este control. A tal efecto lo primero que debe advertirse es que es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados. Es más aunque de *prima facie* pudiera parecer que toda interpretación y aplicación incorrecta de un tipo sancionador puede equivaler a una sanción de conductas situadas fuera de los supuestos previstos en la norma sancionadora, no es ésta la consideración procedente. En rigor, desde la perspectiva constitucional no toda interpretación y aplicación aparentemente incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad ni la del derecho fundamental que *ex arto* 25.1 C.E., lo tiene por contenido.

Desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación extensiva *in malam partem* -al igual que de la de interpretación analógica vulneradora del principio de legalidad penal- cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento de la posible literalidad del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente. Nuestro control queda, pues, delimitado en cuanto a su finalidad por el objetivo de evitar que las resoluciones judiciales aplicadoras de preceptos sancionadores impidan a los ciudadanos «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente» (STC 133/1987, fundamento jurídico 5.º), y en cuanto a los criterios o pautas de enjuiciamiento por la verificación del respeto del tenor literal de los preceptos sancionadores aplicados y de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos.

En efecto, **el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa**, pues el legislador expresa el mensaje normativo con

palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y remiten implícitamente a una realidad valorativa subyacente y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993): el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982; recientemente, STC 53/1994). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad, de libertad y de legitimidad en juego, pero también de la competencia del Juez ordinario en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, 75/1984 y 111/1993), discrimine entre las decisiones que forman parte del campo de elección legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley. Este criterio no puede quedar constituido por la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad, cánón de delimitación de ciertos contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva pues, amén de desconocer que la contenida en el artº 25.1 C.E. es una manifestación de aquel derecho que por su trascendencia aparece constitucionalmente diferenciada, una resolución judicial condenatoria que no adolezca de esos defectos puede, no obstante, resultar imprevisible para el ciudadano –y como se ha dicho, no permitirle «programar sus comportamiento sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente» (STC 133/1987. fundamento jurídico 5.º)-- y constituir una manifestación de la ruptura del monopolio legislativo -y administrativo con la subordinación y limitación que le es propia- de determinación de las conductas ilícitas.

La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su **respeto al tenor literal del enunciado normativo**, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su **razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica.** Sólo así podrá verse la decisión sancionadora como un fruto previsible de una razonable aplicación judicial o administración de lo decidido por la soberanía popular. A ese contexto de criterios y valores es al que nos hemos referido ya como habilitador de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las normas sancionadoras determinables «en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia». De este modo, dicho en negativo **las afirmaciones anteriores, no sólo vulneran el principio de legalidad de las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por**

su fundamento metodológico -por una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o por ser ajenas a los valores que informan nuestra Constitución conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y por ello, imprevisibles para sus destinatarios. Para aplicar el canon descrito en este fundamento jurídico debe partirse, en principio, de la motivación contenida en las resoluciones recurridas. Esta constatación, como veremos, cobra especial relieve en el caso aquí enjuiciado por lo que antes de proceder a su aplicación conviene precisar en este extremo la *ratio decidendi* aquí expuesta.

En efecto, los aspectos esenciales de la interpretación de la norma sancionadora realizada por el órgano administrativo o por el órgano judicial deben expresarse *ex* arto 24.1 C.E. en la motivación de la resolución correspondiente. Debe diferenciarse no obstante, entre la existencia de una motivación o de una motivación suficiente y la de una aplicación de la norma acorde con el principio de legalidad. Puede suceder de hecho que la motivación de la resolución revele un entendimiento de la norma aplicada contrario al arto 25.1 C.E. en cuanto constitutivo de una extensión *in malam partem* o analógica de la misma. Puede suceder también que a pesar de la ausencia de motivación, o a pesar de su insuficiencia, sea constatable por la propia mecánica de la subsunción del hecho en la norma un entendimiento de ésta acorde con las exigencias del principio de legalidad. Habrá supuestos, finalmente en los que sin una explicación suficiente no sea posible conocer el entendimiento judicial o administrativo del precepto en cuestión y su adecuación constitucional desde la perspectiva del arto 25.1 C.E.: supuestos en los que la motivación no «permite conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión» (STC 166/1993). De ahí que quepa apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión. **En otros términos: al igual que hemos dicho al examinar el principio de taxatividad, la falta de un fundamento jurídico concreto y cognoscible priva a la sanción del sustento que le exige el arto 25.1 C.E. y convierte el problema de motivación reparable con una nueva en un problema de legalidad de la sanción sólo reparable con su anulación definitiva.**

5. Algo parecido debe decirse respecto de la alegada vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar. No cabe duda de que el comportamiento omisivo reprochado se refería a algo tan privado como es la propia relación conyugal y se proyectaba sobre algo tan peculiarmente íntimo como eran las relaciones sexuales que mantenía la esposa del recurrente que sin duda integran el ámbito de intimidad personal y familiar consagrado en el arto 18 C.E. Este artículo protege ese núcleo de relaciones no sólo frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de

lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos sino también frente a la injerencia que supone la «acción» ajena (STC 231/1988 y con ello a la sin duda contundente injerencia que significa la sanción de los comportamientos desarrollados en el área de intimidad. En este sentido basta recordar nuestras afirmaciones relativas a que **«el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada»** (STC 117/1994 fundamento jurídico 3.0) y a que **«el art 18.1 de la Constitución (...) impide las injerencias en la intimidad "arbitrarias o ilegales" como dice claramente el art 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos»** (STC 110/1984. fundamento jurídico 8.0).

El hecho de que estas conductas íntimas tengan trascendencia externa no las sitúa sin más fuera del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar aunque sí puede justificar el establecimiento de ciertos límites específicos en cuanto a su protección constitucional. En efecto dado que salvo contadas excepciones como la del derecho a no ser sometido a torturas los derechos fundamentales no son absolutos no cabe negar de entrada la posibilidad de que en el supuesto aquí enjuiciado la realización de conductas deshonrosas para el militar el Arma o Cuerpo al que pertenece o para los Ejércitos pueda en determinadas circunstancias constituir un límite al ejercicio del derecho a la intimidad personal y familiar. Así parece reconocerlo el Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce el derecho de toda persona **«al respeto de su vida privada y familiar de su domicilio y de su correspondencia»** frente a toda **«injerencia de la autoridad política»** aunque añade salvo que **«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, el bienestar económico del país, 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 las libertades de los demás»** (art 8).

No obstante, como hemos tenido ocasión de reiterar en muy numerosas resoluciones, **los límites impuestos al ejercicio de los derechos fundamentales deben ser establecidos, interpretados y aplicados de forma restrictiva y en todo caso no deben ser más intensos de lo necesario para preservar otros bienes o derechos' constitucionalmente protegidos. La limitación debe ser la mínima indispensable y por ello está sometida al principio de proporcionalidad al objeto de evitar sacrificios innecesarios o excesivos de dichos derechos.** Esto exige también en este caso **que las resoluciones que aplican los referidos límites tengan una motivación suficiente** para poder controlar la proporcionalidad y en suma la constitucionalidad de la medida aplicada. La falta o la insuficiencia de la motivación puede llevar a la vulneración del derecho sustantivo afectado.

En efecto, como recientemente recordábamos en la **STC 170/1900** «cuando se trata de una medida restrictiva de derechos compete al Tribunal Constitucional en su tarea de protección del derecho fundamental afectado controlar en último término la motivación ofrecida no sólo en el sentido de resolución fundada y razonada sino también como único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la Constitución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna (SSTC 50/1993, 128/1995, 181/1995, 34/1996, 62/1996 entre otras)>>. **La falta o insuficiencia de la motivación afecta, pues a la propia existencia del supuesto habilitante para la suspensión o restricción del derecho a la intimidad y por lo tanto al propio derecho fundamental** (SSTC 27/1989, 8/1990, 86/1995, 128/1995, 62/1996, 179/1996, entre otras).

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 estos casos, en los que está implicado el alcance de un derecho fundamental, no puede afirmarse que la interpretación y aplicación del precepto sancionador sea una cuestión de mera legalidad ordinaria ni que nuestro control pueda limitarse a comprobar la razonabilidad o la simple existencia de motivación de las resoluciones impugnadas.

En suma de cuanto llevamos dicho 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 artº 18 C.E., **las resoluciones traídas a este proceso de amparo incurrirán en las vulneraciones constitucionales denunciadas si están huérfanas de motivación suficiente.**

6. Pues bien aplicando la anterior razón de decidir a las referidas resoluciones debemos concluir que **no cumplen el requisito de motivación exigible desde la perspectiva de los arts.25.1 y 18 C.E.**

Concretamente respecto de la Orden ministerial según refleja el acta correspondiente el Tribunal de Honor consideró que la conducta del recurrente consistente en el consentimiento del adul-

terio de su mujer era, sin más, “deshonrosa”. Ninguna apreciación añadida contiene la Orden ministerial que resuelve la sanción.

La Sala Quinta del Tribunal Supremo por su parte al abordar en el fundamento 2.0 de su Sentencia las alegaciones relativas a la vulneración de los arts. 25 y 18 C.E. se limita a decir que «los actos contrarios a la dignidad y al honor fueron objeto de tipificación también entre las faltas militares tanto desde un punto de vista individual como cuando afectaban al buen régimen de los Ejércitos o al prestigio de la institución militar (art. 443 del C.J.M.). De la declaración del inculpado prestada ante el propio Tribunal de Honor se deduce por otra parte la trascendencia del consentimiento para el adulterio que se llevaba a cabo en su propio domicilio durante su permanencia y que tuvo repercusión en un orden también familiar. No puede sostenerse el carácter íntimo y personalísimo de la actitud y conducta observada por el recurrente que era susceptible de afectar no sólo a su propia personalidad sino también al prestigio de la Institución militar a la que pertenecía». Añade por último que pueden existir conductas gravemente contrarias a la disciplina servicio y dignidad militar sin constituir delito o falta puesto que pueden suponer un ataque al honor exigible a los Oficiales profesionales de 105 Ejércitos cita en este sentido las Sentencias de la misma Sala de 6 de octubre de 1989 y 18 de mayo de 1992, relativas, la primera, a actividades relacionadas con un delito de cohecho y, la segunda, con un delito de contrabando.

La mencionada Sentencia vuelve a referirse al honor militar en el fundamento jurídico 4.º Sin embargo, lo hace en el contexto de la alegación relativa al derecho a la igualdad del art. 14 C.E., y se limita a apuntar un **concepto abstracto de honor**, a afirmar la existencia de un honor militar dotado de características específicas y a concluir que por ello mismo, la exigencia de un plus de moralidad a los militares no vulnera el mencionado derecho a la igualdad. Concretamente, para definir el honor militar la Sentencia reproduce literalmente la ya citada de 6 de octubre de 1989 de la misma Sala, diciendo que «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, quién 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, vincu-

lan 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 éste el sentido primordial del honor militar, se comprende sin dificultad cuan 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 sólo 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. Realizada la larga autocita, el Tribunal Supremo aplica la doctrina al supuesto enjuiciado con la siguiente escueta conclusión: «Doctrina que tiene singular encaje en este caso, en cuanto patentiza 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».

Si nos atenemos a las exigencias de motivación requeridas en el presente caso no cabe duda de que las resoluciones enjuiciadas **son parcas a la hora de precisar el alcance del concepto de honor militar y manifiestamente insuficientes al razonar su aplicación al caso concreto del consentimiento del adulterio**. En efecto, como hemos reiterado, **los conceptos de honor** de los militares, del Arma o Cuerpo al que pertenecen o de los Ejércitos, cuando se emplean como elementos configuradores de tipos sancionadores que permiten limitar el ejercicio de derechos fundamentales y provocar la separación definitiva del servicio militar, **deben precisarse con rigor a la luz de los valores y preceptos constitucionales** y esta tarea debe llevarse a cabo teniendo en cuenta, sobre todo, las altas funciones que las Fuerzas Armadas tienen constitucionalmente encomendadas (art. 8.1 C.E.). Desde esta perspectiva no cabe duda de que la realización de conductas deshonrosas tanto en la vida profesional como en la social y, en este caso, tanto en la esfera pública como en la privada puede afectar negativamente a la disciplina organización interna, a la eficaz ejecución de las referidas funciones y, en definitiva, al prestigio y buen nombre de los Ejércitos que también debe conectarse, en última instancia, con el menoscabo en la realización de las citadas funciones que constituyen bienes constitucionalmente relevantes. Por ello resulta 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.

Sin embargo, **el alcance de este concepto debe irse concretando con el tiempo y a través de los cauces, especialmente los jurisprudenciales**, conocidos en Derecho para llevar a cabo estos menesteres y, sobre todo, como parte de este proceso de concretización, lo que **debe explicitarse con sumo cuidado es la aplicación de estos conceptos a los casos enjuiciados, razonando por qué y en qué medida los supuestos analizados afectan al honor de los militares** o de los Ejércitos hasta el extremo de justificar la separación definitiva de los mismos. Así lo ha reconocido con reiteración la propia Sala Quinta del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los preceptos relativos al honor y, luego, a la dignidad militares advirtiendo que estos conceptos se refieren a «conductas (...) no siempre definidas con toda precisión (...) ya que están en su mayoría descritas en términos de gran amplitud o subjetividad, lo que aun planteando problemas desde el punto de vista del principio de legalidad y de seguridad jurídica, no deja de estar justificado, dentro de ciertos límites (...) ahora bien, es preciso puntualizar que si justificado está que determinados presupuestos de sanciones extraordinarias se definan con la indicada flexibilidad, **obligado es también que su apreciación en cada caso se realice con suma ponderación**, evitando, por ejemplo, que lleguen a ser reprimidas por este procedimiento, pensado evidentemente para salir al paso de los comportamientos más indeseables, acciones u omisiones que no podrían ser integrados en algunos de los tipos de acción concreta y casuísticamente enunciados en la ley» (Sentencia de 8 de mayo de 1989. En el mismo sentido, entre otras. Sentencia de 30 de abril de 1993).

Pues bien, **el Tribunal de Honor y la Orden ministerial nada dicen al respecto**. Por su parte, el Tribunal Supremo define el honor como la cualidad que impulsa al hombre a conducirse con arreglo a las más altas normas morales y justifica la exigencia de una más alta moralidad a los militares «bien en la trascendencia de la función pública que les está encomendada, bien por la delicadeza o potenciales efectos de los medios que se les confían», pero, a parte de lo inconcreto de esta conceptualización, nada se dice de la aplicación al caso específico enjuiciado, salvo que la conducta enjuiciada y reconocida por el recurrente ha tenido trascendencia externa a pesar de producirse en su domicilio. De la insuficiencia del razonamiento basado en la trascendencia externa de la conducta se ha hecho eco la propia Sala Quinta del Tribunal Supremo en la única Sentencia dictada tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 –concretamente el 29 de septiembre de 1988- en la que se analiza un supuesto que guarda relación con el aquí enjuiciado, concretamente se refiere a «la comisión de actos deshonestos con individuos del mismo sexo» y parte, precisamente, de la premisa de que «no toda manifestación o exteriorización de tendencias homosexuales en un militar profesional (tiene) que ser forzosamente incardinado en el ilícito administrativo que consideramos», por lo que, tras esta afirmación, entra a ponderar con todo detalle en qué medida las circunstancias concretas del caso, como la reiteración de la conducta, la relación jerárquica entre los implicados, su

realización o no «en el recinto militar», «con ocasión o no del servicio», afectan a la disciplina y atentan a la dignidad militar.

Pues bien, **la ponderación de esta relación entre las circunstancias del caso y la concreta afectación al honor y dignidad militar falta en el supuesto** objeto del presente recurso de amparo. En primer lugar debe advertirse que, a pesar de tratarse de una sanción por conducta omisiva, **no se insinúa siquiera cuál debía ser la conducta jurídicamente debida en este caso**, y, sobre todo, **no se razona cómo esta omisión, relativa al ámbito de lo más íntimo y personal y realizada en el propio domicilio**, fuera del servicio, entre militares de distinta Arma y sin relación de jerárquica funcional **afecta al honor** del Arma o de los Ejércitos, **ni en qué medida incide en la disciplina, la organización interna o la eficacia en la realización de las funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas y lo hace hasta el extremo de merecer tan severa sanción como es la de la separación definitiva del servicio.**

No cabe negar a *priori* que, en determinadas circunstancias, conductas íntimas como la que dio lugar al actual proceso puedan realmente afectar al honor militar. Sin embargo, a la luz de las pautas o reglas éticas o morales socialmente imperantes en la actualidad -pautas desde las que debe delimitarse el alcance del honor de los distintos grupos profesionales, sin incurrir en autodelimitaciones endogámicas-, y a la luz también de los valores y principios constitucionales hoy la concurrencia de estas circunstancias en el caso examinado no puede darse por supuesta, sino que **debe justificarse con todo detalle**. Dicho de otra forma: **en la actualidad no es algo que se imponga como evidente y no requiera explicación alguna el hecho de que atente al honor militar la práctica o el mero consentimiento de determinadas conductas sexuales en el propio domicilio**. En cualquier caso, **no basta para motivar esta conclusión la mera referencia a Sentencias relativas a supuestos de cohecho o de contrabando** en los que la aplicación del concepto de honor militar no colinda con ningún derecho fundamental y que plantean una problemática totalmente distinta de la relativa a la realización de determinadas prácticas sexuales. Por otra parte, **tampoco puede sostenerse que existiera en el momento de dictar las resoluciones recurridas una jurisprudencia respecto a las relaciones entre el honor militar y las relaciones conyugales** en el ámbito de las relaciones sexuales **suficientemente consolidada como para justificar un razonamiento implícito o por remisión**. La situación, como hemos apuntado, era precisamente la contraria.

En realidad, cabe concluir que **ni el Tribunal de Honor ni el Tribunal Supremo aclaran en qué consistió la deshonra, con qué pauta o regla ético social o moral se valoró la misma, o**

cuál era el concreto comportamiento alternativo adecuado a los bienes que se dicen menoscabados. Es más, **tampoco precisan si la conducta deshonrosa -o, en la dicción de la Sentencia, el acto contrario a la dignidad y al honor- enjuiciada lo fue para el expedientado, para el Arma o Cuerpo al que pertenecía o para los Ejércitos** supuestos todos contemplados en el precepto sancionador utilizado y que no tienen necesariamente el mismo contenido ya que puede ser distinto el honor militar que el honor de los militares. Todo ello configura una **carencia de argumentación que impide conocer**, más allá de la inicial indeterminación del precepto, **tanto el tenor de la norma concreta aplicada como si el paso de aquélla a éste se produjo de la mano de «criterios lógicos, técnicos o de experiencia», o de un «contexto legal y jurisprudencial»**(SSTC 133/1987,89/1993) que hacían de esta última una regla vigente y, de su contundente sanción, una consecuencia previsible para la conducta reprochada y, muy especialmente, un límite al ejercicio del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

Finalmente, por tanto, el Tribunal falla en favor de estimar el recurso de amparo y, en su virtud declara que la Orden del Ministerio de Defensa, de 23 de noviembre de 1979, por la que se separaba del servicio al recurrente vulneró su derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1 C.E.) y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 C.E.).

Por tanto, anula dicha Orden ministerial y la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo 34/1994 de 31 de octubre.

9.4 JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL

Se trata, en este caso, de la **Sentencia 142/1994 de 9 de mayo** que resuelve el recurso de amparo interpuesto contra el Auto de la Sala Quinta de lo militar del Tribunal Supremo en recurso de casación interpuesto contra sentencia dictada por la Sala de Justicia Militar del Tribunal Militar Central en recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario.

La transcribimos en lo que es interesante para nosotros, subrayando lo más destacado.

En primer lugar, el Tribunal expone los antecedentes.

Al recurrente, D. Pascual España Sánchez, Cabo 1º de la Guardia Civil le fue impuesta en su día una sanción disciplinaria de un mes y un día de privación de libertad como autor de una falta grave prevista en el apartado 30 del art. 9 de la Ley de Régimen Disciplinario Militar. Recurrída esta sanción en tiempo y forma ante el Tribunal Militar Central éste dictó Sentencia desestimatoria del recurso con fecha 25 de octubre de 1991. Contra esta Sentencia anunció e interpuso el sancionado recurso de casación por infracción de ley que fundó en el motivo primero del art. 849 de la LE.Crim. en vez de en el motivo 6.º del art. 1.692 de la L.E.C. Tras dar audiencia al Fiscal Togado que se opuso a la admisión del recurso de casación el Auto de la Sala Quinta del T.S. de 25 de marzo de 1992 ahora impugnado lo inadmitió por haberse residenciado el recurso en el art. 849.1.º de la LE.Crim. en vez de en el art. 1.692.5º de la L.E.C. siendo este el precepto aplicable al caso pues la materia disciplinaria militar no tiene naturaleza penal sino administrativa a tenor de la Ley Orgánica 12/1985 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

El recurrente admite haber cometido el mencionado error en la formalización del recurso de casación. Ello no obstante, considera que se trata de un error puramente formal, pues del contenido del escrito de interposición del recurso 18 deduce claramente que éste pretende fundarse en infracción de ley y que se trata de un expediente contencioso-militar. La Sala Quinta del T.S. al detectar el error sufrido por el recurrente **debería haberle dado la posibilidad de corregirlo** subsanando el defecto formal de que adolecía el escrito de sustanciación del recurso de casación tal **como ordena el criterio antiformalista** que es necesario aplicar según la doctrina y la jurisprudencia del T.S. y del T.C. para evitar que se frustre el derecho de tutela judicial efectiva. Al no hacerlo así e inadmitir el recurso mediante una interpretación y aplicación literal y rigorista de los preceptos legales aplicables se ha infringido el arto 24.1 C.E. en opinión del recurrente.

En consecuencia, solicita que se declare la nulidad del Auto de la Sala Quinta del T.S. de 25 de marzo de 1992 impugnado y la admisibilidad del correspondiente recurso de casación previa subsanación del error formal cometido.

A continuación, la sentencia explica los trámites procesales que se siguieron a continuación, como la admisión a trámite de la demanda, el emplazamiento al abogado del Estado, la vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal, etc

4. En su escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal interesa sea desestimado el amparo solicitado.

Por entenderse que en el presente caso no puede hablarse con propiedad de subsanación pues no se trata de corregir defecto u omisión en que haya podido incurrir el interesado sino de cambiar el título que habilita el recurso de casación presentado que no se encuentra en la LE.Crim. que fue la vía utilizada, sino en la LE.C. según expresa declaración de la Ley procesal militar (art.503). No se está pues en presencia de algo que sea susceptible de enmendar sino en rigor de devolver el escrito de recurso para que se formule no como se hizo, aunque pueda mantenerse la argumentación ofrecida sino para que se rehaga con la cita adecuada de los preceptos legales que lo autorizan.

La subsanación que según el demandante le debió ser ofrecida por el Tribunal *ad quem* podría efectuarla este mismo: simplemente por deducido el recurso por cualquiera de las vías que establece el arto 1692 LE.C. puesto que la fundamentación no habría de cambiar al menos significativamente pero esto es algo que rebasa con mucho la formalidad mínima e indispensable que es de exigir en un recurso y más en el de casación por su naturaleza de extraordinario que impone la necesidad de observar las prescripciones procesales previstas para su interposición y formalización.

5. El Abogado del Estado mediante escrito presentado ante este Tribunal con fecha 17 de julio de 1992 por el que solicita sea desestimado el recurso de amparo interpuesto en base a que el recurso de casación es ciertamente un recurso extraordinario que se admite por motivos y bajo condiciones muy rigurosas entre las que se encuentra un especial rigor de las formas procesales observables que incluye la utilización de una técnica jurídica precisa y depurada. Únicamente cuando se trata de materia penal estos requisitos deben ser interpretados con mayor flexibilidad habida cuenta de la exigencia establecida por la doctrina constitucional de la doble instancia en esta materia.

Al no encontramos en tal caso, debe de examinarse si la inadmisibilidad declarada por la Sala adquiere relevancia constitucional suponiendo una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en cuanto que incluye el derecho a los recursos (STC 3/1983).

A juicio del Abogado del Estado es de aplicación la doctrina de la STC" 64/1992 según la cual no existe violación del derecho fundamental si la inadmisión es «consecuencia del negligente incumplimiento de un requisito esencial (fundamento jurídico 6.º). El art. 1.707 LE.C exige entre los requisitos del escrito de interposición la concreta y correcta cita del motivo o motivos en que el recurso pretenda ampararse sin que tal precepto prevea la posibilidad de subsanación de los errores técnicos que en este escrito puedan cometerse. La exigencia de una precisa técnica jurídica en la confección del escrito de interposición del recurso de casación es una consecuencia proporcionada a

su carácter extraordinario. La invocación del motivo o motivos del recurso de forma correcta y separada es por naturaleza una exigencia de índole formal de sencillo cumplimiento por parte de la representación letrada del recurrente y una exigencia de técnica jurídica mínima adecuada a la importancia y solemnidad del recurso y a la jerarquía del órgano jurisdiccional al que se dirige.

6. El 17 de julio de 1992 presentó ante este Tribunal su escrito de alegaciones el demandante de amparo en las que se tenía por reproducidos el relato de hechos y de argumentos jurídicos expuestos en su escrito de interposición del recurso reiterando su petición y haciendo hincapié del error sufrido al formalizar el recurso de casación citando normas de la L.E.Crim. en lugar de la L.E.C., entendiéndose que la sanción aplicada al justiciable es desproporcionada con el error sufrido, máxime cuanto la cita procesal podía haber sido corregida sin que dicha corrección hubiera supuesto modificación alguna en el resto del recurso de casación formalizado.

El art. 24.1 C.E. impone al Juez el deber de favorecer la defensa de los derechos e intereses cuya tutela ante él se reclame sin denegar dicha protección mediante la aplicación desproporcionada de las normas procesales que prevén una resolución de inadmisión o de eficacia equiparable teniendo en cuenta en el ejercicio de ese *favor actionis* la entidad del defecto la posibilidad de cumplir a pesar de todos los fines que la regla incumplida persigue los datos normativos y los que resulten de la resolución judicial de instancia (STC 15/1990).

El derecho a la tutela judicial impide la clausura de un procedimiento por defectos que pueden subsanarse sin perjuicio de otros derechos o intereses legítimos por lo que está obligado el órgano judicial a rechazar toda interpretación formalista y desproporcionada de los presupuestos procesales que le conduzcan a negar el acceso a la jurisdicción debiendo, en su lugar, emplear aquella que resulte ser la más favorable al ejercicio del derecho a la tutela concediendo a la parte la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones procesales que sea susceptibles de subsanación tal como dispone en artículo 11.3 L.O.P.J. (SSTC 132/1987. 140/1987. 95/1988. 10/1990).

A continuación, la Sentencia expone los fundamentos jurídicos.

Basa su queja el recurrente en la, a su juicio, excesivamente rigurosa interpretación mantenida por la Sala respecto del alcance de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación pues, habiendo determinado el motivo en que éste se fundaba (la infracción de precepto legal) citó como fundamento del mismo el art. 849.1 L.E.Crim., en lugar de la regla 6.- del art. 1.692 L.E.C. que hubiera sido el procedente dado que tras la aprobación de la Ley Orgánica 12/1986, perdida la natu-

raleza penal anteriormente atribuida a las infracciones disciplinarias militares el propio art. 603 de la Ley Orgánica 2/1989 procesal militar, remitía a los preceptos de la L.E.C. para sustanciar el recurso de casación.

Para resolver la cuestión planteada en este recurso de amparo conviene recordar que, según es doctrina reiterada de este Tribunal el derecho a acceder a un medio de impugnación legalmente previsto no puede obstaculizarse mediante interpretaciones rígidas o formalistas en exceso de la normativa procesal que resulte de aplicación sin infringirse con ello el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el arto 24.1 C.E. (por todas, STC 124/1987 fundamento jurídico 2.º). Esta doctrina, evidentemente (no se opone a que hayan de cumplirse escrupulosamente por las partes los presupuestos y requisitos procesales destinados a asegurar la integridad y regularidad del proceso, así como el derecho de defensa de todas las partes) (STC 213/1990 fundamento jurídico 2.º), máxime en un recurso de naturaleza extraordinaria, como lo es el de casación. La legítima exigencia de la regularidad formal en el cumplimiento de los requisitos impuestos por la Ley para garantizar las finalidades a que se acaba de hacer mención debe combinarse sin embargo con el principio de proporcionalidad en las sanciones derivadas de la inobservancia de dichos requisitos, de tal manera que las consecuencias de las infracciones de alcance meramente adjetivo se correspondan a la intrínseca gravedad de éstas: a su incidencia sobre la propia regularidad del proceso y sobre los derechos y posibilidades de defensa de las partes en él presentes. Tal es, por otra parte una doctrina de este Tribunal ya muy reiterada (ST 119/1994, por todas). Con arreglo a estas premisas debe valorarse, pues, el fundamento de la demanda de amparo.

En el caso, como se deduce de los antecedentes de esta resolución, el actor fundamentó su recurso en la infracción de, normas legales si bien el precepto legal citado como cobertura del motivo esgrimido fue el arto 849 L.E.Crim. en lugar del arto 1.692 LE.C. El error, desde luego, era patente y particularmente inexcusable en un recurso en que el actor debía comparecer asistido por persona técnica en Derecho. **La cuestión se centra en conocer si la consecuencia que la Sala de procedencia aparejó a tal error guardaba los requisitos de proporcionalidad** que, según se ha dicho ya **son exigibles para entender correctamente respetadas las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva**. Y, desde esta sola perspectiva, **la respuesta ha de ser negativa**. Efectivamente, la exigencia de citar el precepto legal que enuncia el motivo de casación es perfectamente razonable dada la naturaleza extraordinaria de dicho recurso y su procedencia sólo en determinados casos y frente a determinadas resoluciones y la propia parte así lo reconoce. Ahora bien, **la necesidad de cita del precepto concreto como exigencia formal debe valorarse en atención a la finalidad que persigue**: la ya dicha de ajustar los motivos del recurso a las causas legalmente tasadas y

la necesaria claridad y precisión con que dichos motivos han de formularse. De este modo, **no es constitucionalmente admisible su apreciación meramente ritual con efecto tan trascendente como cerrar definitivamente la vía de recurso, si los fines que con esta exigencia se persiguen han quedado alcanzados clara e indubitadamente.**

Como ya se ha dicho, el motivo del recurso de casación interpuesto era la infracción de preceptos legales. Así se desprendía con toda claridad del extracto de su contenido y del ulterior desarrollo del mismo. Y no cabe duda de que el enunciado de este motivo, concordante con el citado en el arto 1.692 LE.C. y por tanto viable en el cauce casacional que procedía utilizar y que en todos los demás aspectos formales fue correctamente utilizado, no era susceptible de inducir a confusión al Tribunal sentenciador. Así se comprueba si se tiene en cuenta que la Sala del Tribunal tuvo por preparado el recurso sin hacer observación alguna, emplazando a las partes intervinientes en el mismo (entre ellas, a la representación del Estado) para su comparecencia ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo; y que, formalizado el recurso, la Sala acordó dar traslado al Fiscal Togado de las actuaciones a los solos fines previstos en el arto 1.709 LE.C. interesando éste la inadmisión por haberse amparado el motivo único de impugnación en lo previsto en el art 849.1 LE.Crim. (inaplicable al recurso de casación que procede frente a las Sentencias dictadas en el procedimiento contencioso-administrativo militar), en cuyo fundamento se basó el Auto hoy impugnado.

Todo lo cual evidencia que, efectivamente, la esencia del motivo y su intrínseca procedencia no eran discutibles; lo era el amparo legal efectivamente citado en apoyo del mismo, a través de la mención de un precepto (el art. 849 LE.Crim) Con su resolución, pues, la Sala ha mantenido una **rigurosa interpretación de las precisiones del en. 1.710 LE,C., que ha acarreado el cierre de la vía de recurso, entorpeciendo la revisión de una sanción disciplinaria que afectaba a valores tan trascendentes como la libertad personal** sobre cuya relevancia constitucional no cabe lugar a dudas (art. 17 C.E.), lo que agrava aún más las consecuencias perjudiciales derivadas de la infracción procesal cometida, acentuando su falta de proporcionalidad en relación con la intrínseca incidencia de ésta sobre los valores que las formas procesales estaban llamados a defender en este caso. Así pues, se ha de concluir que **la resolución impugnada vulnera el arto 24.1 C.E.**, lo que obliga a estimar este motivo y, con él, el recurso de amparo.

Por tanto, el Tribunal estima el recurso de amparo y en su virtud: reconoce el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE), anula el auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1992 y retrotrae las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse el mencionado Auto.

9.5 JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A NO SUFRIR LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE NORMAS PENALES

Recogemos ahora una sentencia del Tribunal Constitucional con número de ordinal 95/1992 de 11 de junio, que resuelve un recurso de amparo contra una resolución del Ministerio de Defensa aplicando una sanción de separación del servicio, vulnerando el artículo 25.1 de la Constitución.

Una vez más transcribiremos de ella lo fundamental, subrayando en negrita aquello que merece la pena ser resaltado.

En primer lugar, la sentencia expone cuáles han sido los antecedentes: se trata, como hemos dicho de un escrito presentado ante el Tribunal Constitucional en febrero de 1989 por don Ricardo Alvarez de Furundarena, mediante el que interpone amparo contra la Resolución del Ministro de Defensa de 9 de marzo de 1987, ratificada en vía de reposición por la de 27 de octubre del mismo año (Orden 421/88, de 22 de febrero), que dió fin al expediente gubernativo núm. 1/1986 de la Jurisdicción de la Flota e impuso al recurrente, Comandante de Intendencia de la Armada, la sanción extraordinaria de separación del servicio.

En Consejo de Guerra de Oficiales Generales celebrado el día 12 de noviembre de 1985 y en la causa 7/84 de la Jurisdicción de la Flota, fue el recurrente condenado, como autor de un delito de apropiación indebida, previsto y penado en el art, 535, en relación con el arto 528 del Código Penal, con la concurrencia de la especial agravación contenida en el párrafo 2.0 del arto 194 del Código de Justicia Militar, a, la pena de ocho meses de prisión menor con las accesorias del arto 47 del Código Penal de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como con la accesoria de separación del servicio que para el delito cometido impone el arto 221 del Código de Justicia Militar. Mediante Sentencia de 23 de abril de 1986, el Consejo Supremo de Justicia Militar declaró no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley deducido contra la Sentencia del Consejo de Guerra.

Sin haberse ejecutado tales penas y en cumplimiento de lo establecido en la Disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre del Código Penal Militar, el Vicealmirante Comandante General de la Flota, en Decreto Auditoriado de 27 de junio de 1986, rectificó de oficio la Sentencia condenatoria del Consejo de Guerra, en el sentido de reducir la pena privativa de libertad a la de cuatro meses de arresto mayor con la accesoria de suspensión de todo car-

go público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y de dejar sin efecto la accesoria de separación del servicio, habida cuenta de su desaparición del mencionado Código.

En el Decreto Auditoriado referido se acordaba, igualmente la instrucción de expediente gubernativo de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2º del arto 74 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. El instructor de dicho expediente formuló propuesta de determinación del mismo sin declaración de responsabilidad. Ello no obstante, el Ministro de Defensa, mediante Resolución de 9 de marzo de 1987 acordó imponer al aquí actor la sanción de separación del servicio.

En la Resolución sancionadora, y frente a lo alegado por el inculcado acerca de la no concurrencia de los dos requisitos exigidos por la L.O. 12/1985 para la imposición de la sanción, a saber, que la condena haya sido impuesta por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria (art. 60) y que los hechos perseguidos sean posteriores a la entrada en vigor de dicha Ley (Disposición transitoria segunda), la Administración motivó su decisión de esta forma: a) si bien el art. 60 exige literalmente que la condena proceda de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, hay que realizar una interpretación integradora tomando en su unidad el nuevo Ordenamiento punitivo militar constituido por las Leyes núms. 12/1985, de régimen disciplinario y 13/1985 del Código Penal Militar, ya que ambas sustituyen al sistema anterior del Código de Justicia Militar de 1945. En efecto, la exigencia contenida en el repetido art. 60 de la Ley Disciplinaria hay que referirla al momento de entrada en vigor del Código Penal Militar, a partir del cual dichos Tribunales (los de la jurisdicción ordinaria) son los únicos competentes para conocer de los delitos que no pertenezcan al ámbito estrictamente castrense al que, por mandato constitucional (art. 117.5 concretado por el mismo Código sustantivo militar) queda reducida la jurisdicción militar, pero ello no quiere decir que los supuestos sustantivamente iguales (es decir, condenas por delitos dolosos) originados por sentencias de la jurisdicción militar legalmente competente con arreglo al anterior reparto competencial queden exentos por esta sola circunstancia...b) de otra parte no existe en ese caso aplicación retroactiva de la ley Orgánica 12/1985 pues debe notarse que la causa del presente expediente gubernativo no son los hechos que dieron lugar al enjuiciamiento y posterior sentencia judicial sino ésta misma, que en cuanto supuesto de hecho originador de la incoación del expediente (art. 60 de la ley 12/85) es la dictada por la Autoridad jurisdiccional de la Flota con fecha 27 de junio de 1986 en revisión de oficio de la dictada por el correspondiente Consejo de Guerra, es decir, un "hecho" producido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 12/ 1985 (1 de junio anterior)>>. La Resolución transcrita fue confirmada en reposición por la de 27 de octubre de 1987 (Orden núm. 421/88, de 2 de febrero)

Agotada la vía administrativa, el solicitante de amparo acudió a la jurisdiccional frente a la sanción impuesta mas la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo mediante Sentencia núm. 26, de 21 de diciembre de 1988, desestimó su recurso y confirmó aquella sanción. Entendió el Alto Tribunal, en primer lugar, que la incoación del expediente era consecuencia de haber sido condenado el recurrente por delito cometido con dolo y comprendido en el arto 74 de la L.O, 12/1985. La "causa de la infracción es, por tanto, el hecho de la condena, tal como se dispone en el art. 60 de la misma Ley, y no los hechos que en su momento dieron lugar a la instrucción de un procedimiento criminal que terminó en Sentencia condenatoria. Es cierto que esta Sentencia es de fecha 12 de noviembre de 1985 y que alcanzó firmeza el 23 de abril de 1986 en que el Consejo Supremo de Justicia Militar dictó Sentencia en recurso de casación confirmando la del Consejo de Guerra fechas ambas anteriores a la entrada en vigor de la Ley Disciplinaria; pero la causa inmediata del expediente gubernativo fue el Decreto Auditoriado de rectificación de las penas impuestas, por aplicación retroactiva del nuevo Código Penal Militar. Decreto que lleva fecha 27 de junio de 1986, en que, entrada ya en vigor la ley disciplinaria, podía utilizarse legítimamente el camino sancionador que prevé su art 60 en relación con los arts. 73 v 74. Es decir, que el supuesto de hecho originador del expediente no esta constituido por los (hechos) que motivaron la sentencia condenatoria sino por la condena en sí misma y es la fecha definitiva de esta la determinante de la aplicación de la ley de acuerdo con su Disposición transitoria segunda>. En segundo lugar, el Tribunal Supremo, enfrentado con el tenor literal del arto 60 de la Ley Orgánica 12/1985, afirmó que había que atender a su «espíritu y sentido», «consistente en la voluntad de que el militar autor de cualquiera de los delitos citados en el art. 74 de la Ley Disciplinaria... pueda ser separado del servicio en beneficio de éste. La aplicación de una solución distinta a un caso concreto por motivos puramente circunstanciales conduciría a una paradójica discriminación del todo en beneficio de uno sólo con clara vulneración del arto 14 de la Constitución>. Además, «el sistema sancionador militar --constituido por dos Leyes Orgánicas distintas pero cuya entrada en vigor tuvo lugar simultáneamente el 1 de junio de 1986- constituye una unidad diversificada que ha venido a sustituir sin solución de continuidad a un ordenamiento unitario anterior. No cabe, en consecuencia producir una ruptura o división radical entre los dos aspectos sancionadores, penal y disciplinario, ya que ambos tienen un único e idéntico fin: asegurar el mantenimiento de las condiciones que permiten el puntual cumplimiento de las misiones que las Fuerzas Armadas tienen encomendadas por la Constitución. De tal modo, cuando las normas de derecho transitorio obligan a rectificar una condena impuesta bajo el ordenamiento derogado por ser más beneficioso el nuevo, es claro que éste debe ser aplicado en su conjunto, es decir, teniendo presente tanto la vertiente penal como la disciplinaria y cuando resulta claro el espíritu que informa la norma contenida en el arto 74 de la Ley Disciplinaria que no es otro que separar del servicio definitiva o

temporalmente al militar que comete alguno de los delitos allí enumerados, por ser de naturaleza incompatible con la dignidad que exige la profesión que libremente eligió, esta voluntad de la norma no puede tener carácter circunstancial. Antes al contrario es permanente y ha de respetarse cualquiera que fuere el momento en que la condena se sufrió y cualquiera que fuere el órgano que la pronunció»

Considera en su escrito de demanda el recurrente que se infringieron aquellos de sus derechos fundamentales que la Constitución reconoce en los arts. 25.1 y 23.2. En efecto, puesto que la apertura de expediente gubernativo sólo cabe tras una resolución de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y en este caso la Sentencia condenatoria se dictó por el Fuero de Guerra no es lícita la apertura de tal expediente. En la aplicación de la normativa derivada de la última reforma orgánica y procesal habrá de tenerse en cuenta la totalidad de esa normativa y si en ella se ha producido un vacío legal, una laguna, no cabe, por tratarse de un procedimiento sancionador, "integrar" el Ordenamiento por vías analógicas o mediante una «interpretación integradora», pues ello supone adoptar una posición contraria a la Constitución. Si lo que sucede es que falta una disposición transitoria que venga a decir que la apertura de expediente gubernativo cuando se trate de Sentencias dictadas por el Fuero Militar antes de la reforma, habrá que estar a tal ausencia normativa, no pudiendo llenarse ese vacío -si es que existe- mediante interpretación integradora alguna, por lo que es improcedente la incoación de expediente. La nueva normativa habrá de aplicarse en su integridad pero en sus propios términos y para los supuestos que la misma establezca no para otros.

Por otra parte y en cuanto al derecho del art. 23.2 de la C.E. también infringido, comprende según la STC 10/1983, el de los titulares de cargos y funciones públicos a no ser removidos de los mismos salvo por causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos.

Suplica por ello el recurrente que el Tribunal Constitucional: a) reconozca su derecho «a no sufrir sanción adicional a la que en el orden punitivo ya le fue impuesta por el Tribunal Militar correspondiente por acciones que en el momento de producirse no podían perseguirse como infracción administrativa, superpuesta al delito o falta ya castigados según la legislación vigente en aquel momento, reconociendo que se ha violado en el acuerdo sancionador»; b) reconozca asimismo, su derecho «a no ser removido del empleo militar que ostentaba, a no ser por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos y que se ha violado dicho derecho en el acuerdo sancionador»; e) declare, en consecuencia, la nulidad de la resolución administrativa impugnada, así como la de la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo; d) condene a la Administración a

adoptar cuantas medidas y providencias sean necesarias para el pleno restablecimiento en sus derechos lesionados.

A continuación, la sentencia, como de costumbre explica los trámites procesales seguidos como la admisión a trámite del recurso, requerir al Ministerio de Defensa la remisión del testimonio del expediente, el emplazamiento a quienes hubieran sido parte, etc

El Ministerio Fiscal solicita la desestimación de la demanda por una serie de razones que argumenta: La demanda no argumenta la lesión del derecho reconocido en el art. 23.2 CE. Si se tiene en cuenta que se trata de un derecho de configuración legal, fácilmente se advierte que la cuestión no rebasa el ámbito de la legalidad, esto es, de interpretar y aplicar la normativa procedente. Así lo ha indicado el ATC *1.035/1986*, entre otros, al señalar que la interpretación de los requisitos fijados en la norma corresponde, en principio, a los órganos judiciales. De todas formas, la valoración de si la aplicación de las leyes ha sido o no la adecuada está presente en el reproche primordial que se hace al acto recurrido (violación del principio de legalidad). En consecuencia, hay que rechazar que el derecho que ampara el art. 23.2 C.E. se haya visto lesionado por el acuerdo que se recurre.

Centrado el examen en la alegada violación del derecho a la legalidad sancionadora -y se debe advertir que el recurso coincide en lo esencial con el *1.677/88-*, el presupuesto de tal violación es que exista una sanción, lo que no ocurre en el presente caso, ya que la resolución impugnada no acuerda sanción que no estuviera ya impuesta. La separación del servicio, en efecto, ya había sido decretada por la Sentencia dictada conforme al Código de Justicia Militar (C.J.M.). Ocurrió que, al rectificarse esta Sentencia ante legislación más beneficiosa, según lo previsto en el Código Penal Militar (C.P.M.), se entendió que, excluida del ámbito penal la pena accesoria de separación del servicio que ahora era una sanción disciplinaria, debía de desaparecer de una sentencia penal y mantenerse en cambio en el ámbito disciplinario que a partir de la reforma le era propio. No hay, pues, una modificación material, pues la sanción es la misma, sino la meramente formal de que el vehículo jurídico de su imposición no es un fallo penal sino una resolución administrativa. Es decir, ni más ni menos que una acomodación de la sanción a las normas procesales vigentes sustituyendo meramente el término de pena accesoria que era antes como impuesta por el Tribunal por el de sanción disciplinaria extraordinaria (art 61 LO. 12/1985), ya que en la relación de penas recogida en el art 24 C.P.M. no aparece la de separación del servicio.

Cabe así preguntarse si el principio constitucional de legalidad sancionadora está efectivamente implicado en el presente caso. Porque lo que en realidad sucede es que por imperativo de una

sucesión de normas la misma sanción ya decretada ha pasado simplemente de ser una pena a ser una medida disciplinaria pero con exactamente los mismos efectos materiales; lo único que ha cambiado es que la resolución que la impone es administrativa y no judicial, consecuente con la naturaleza de la sanción. Así, el acuerdo recurrido no impuso realmente una sanción, sino que se limitó a mantenerla según la nueva estructura jurídico formal. Y si tiene que haber una sanción para que pueda estimarse infringido el principio de legalidad, el Ministerio de Defensa no la impuso porque ya estaba acordada. De modo que la sanción no es atribuible a la resolución recurrida sino a la Sentencia condenatoria, por lo que no cabe imputar a aquélla la conculcación del principio de legalidad.

De otra parte -y reiterando lo expuesto en el RA 1.766/88-, hay que recordar en la línea en que se manifiesta el Tribunal Supremo, que lo que antes era una regulación única en el C.J.M. se ha escindido con la nueva regulación en dos ámbitos diferenciados: el penal y el disciplinario. Por consiguiente la sucesión normativa del C.J.M. hay que encontrarla tanto, en el C.P.M. como en la L.O. 12/1985 y la retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables supone la aplicación íntegra de la ley posterior más beneficiosa. En este caso la nueva legislación supuso la reducción de la pena privativa de libertad, no --puesto que la descripción típica era la misma- la desaparición de la de separación del servicio; que dejó de ser pena accesoria para convertirse en sanción disciplinaria, transformación que exigió que su imposición se efectuara por vía administrativa y no por vía judicial como inicialmente se había hecho.

Conforme a esto desde la perspectiva de un recurso de amparo carece de relevancia si la incoación del expediente disciplinario en el supuesto que aquí lo determinó --condena del expedientado-- sólo podía serlo con ocasión de Sentencia dictada por la jurisdicción ordinaria y no por la militar, a lo que da una respuesta motivada en Derecho el Tribunal Supremo. Se trata de una cuestión de legalidad resuelta argumentadamente y que carece de dimensión constitucional.

El 9 de junio de 1989, explica la sentencia, presentó su escrito de alegaciones el Abogado del Estado quien suplicó del Tribunal que dicte Sentencia denegatoria del amparo pretendido.

A) Tras señalar el parecido de este recurso con el núm. 1.677/88. entiende el Abogado del Estado que la aducida lesión del derecho del art. 23.2 C.E. tiene carácter puramente derivado y secundario: aparece como consecuencia necesaria de la violación del derecho del artículo 25.1 C.E.; y ésta resulta ser condicionante de aquélla. Se sigue de ello que la verdadera, propia y única cuestión que este amparo suscita es si se ha violado o no el derecho reconocido por el art. 25.1 C.E.

B) Prosigue diciendo el Abogado del Estado que la aplicación de la L.O. 12/1985 no violó el derecho del demandante a que no se le aplicaran retroactivamente las normas sancionadoras menos favorables. En efecto, con arreglo a la *lex prior* (diversos artículos del C.J.M. y del Código Penal común), se condenó al recurrente a ocho meses de prisión menor con las accesorias de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y, asimismo de separación del servicio. Con arreglo a la *lex posterior*, su pena privativa de libertad ha descendido en un grado y viene a ser la mitad de la que se le impuso. Quedando la accesoria de suspensión igualmente reducida a la mitad y manteniéndose la separación del servicio. Es patente que el nuevo régimen sancionador tomado globalmente y en conjunto, ha sido inequívocamente más beneficioso para el condenado. No ha habido, pues, aplicación retroactiva *in peius* de normas sancionadoras.

C) Tampoco se ha violado la prohibición de analogía *in peius*. La STC138/1987 (fundamento jurídico 2º) diferencia entre aplicación analógica *in peius* de un precepto penal e “integración normativa por medio de otro precepto de la misma Ley y del Reglamento”, operación ésta que reputa constitucionalmente irrelevante. Sin duda, ello es aplicable a las sanciones impuestas por una autoridad administrativa.

El demandante fue condenado en aplicación del Código Penal común -reclamado por el C.J.M.- por la jurisdicción a la que correspondía hacerlo en 1985. Si los hechos por los que fue condenado hubieran sido enjuiciados tras la entrada en vigor del C.P.M. y de la L. O. 12/1985 la Sentencia hubiera debido dictarla el órgano competente del orden jurisdiccional penal, de «la Jurisdicción Ordinaria penal (Disposición transitoria cuarta del C.P.M.). Por otra parte, asuntos como el presente nacen de una sucesión de leyes y afectan a un número limitadísimo de casos. En efecto, si la separación del servicio hubiera sido ejecutada antes del 1 de junio de 1986, el problema no se hubiera suscitado, atendida la doctrina de la STC 184/1988 (fundamento jurídico 2º) sobre la Disposición transitoria segunda del C.P.M. y tampoco hubiera surgido cuestión si el demandante hubiera sido condenado después de aquella fecha, pues la condena se la hubiera impuesto un órgano jurisdiccional penal ordinario (Disposición transitoria cuarta C.P.M.)

El caso del demandante pertenece a un tipo o clase cuyos elementos verosímilmente serán muy pocos: pena accesoria de separación del servicio no ejecutada a 1 de junio de 1986 e impuesta antes de esa fecha por un órgano de la jurisdicción castrense por unos hechos de los que, a partir de ese día corresponde conocer y fallar al orden jurisdiccional penal ordinario.

La interpretación de los arts. 60 y 74 de la LO 12/1985 en que se sustenta la resolución impugnada no es difícil de describir: la expresión “condena por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria” es entendida en el sentido de “condena por hechos de los que a partir del 1 de junio de 1986 corresponde conocer y fallar a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria». De ninguna manera hay aquí una analogía *in peius*, ni siquiera propiamente integración, si con ello se pretende evocar la idea de laguna. Hay sencillamente interpretación de unos enunciados en su conexión sistemática. La referencia a “los Tribunales en la jurisdicción ordinaria” contenida en la L.O. 12/ 1985 ha de ser comprendida en consonancia con la situación que rige a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley, el 1 de junio de 1986, nunca con referencia a la situación existente en una fecha anterior. Los artículos 60 y 78 (*sic*) de la Ley citada no son normas intemporales: disponen en lo que disponen en atención a un determinado reparto jurisdiccional, a saber, el que ha de regir cuando ambos preceptos estén en vigor.

D) Así lo que ha hecho la resolución sancionadora es "adaptar por vía interpretativa lo dispuesto en aquellos preceptos a una situación preexistente, adaptación indispensable cuando un criterio intemporal (el de la retroactividad *in bonam partem*) determina su aplicación a situaciones anteriores. Y la única manera razonable de adaptar dichos preceptos es precisamente la llevada a cabo. Es además la que mejor cuadra con el art.14 C.E. “La separación del servicio fue impuesta en todos los casos idénticos al del recurrente en que esta accesoria había quedado ejecutada antes del 1 de junio de 1986. Y... se impondrá como sanción disciplinaria extraordinaria con arreglo a los arts. 60 y 74 de la L.O. 12/1985, en todos los casos idénticos.. , en que se produzca condena (por la jurisdicción ordinaria) después del 1 de junio de 1986. Es un absurdo axiológico pensar que un número muy limitado de casos a caballo entre las dos series anteriores hayan de recibir un trato distinto y más favorable (permanencia en el servicio) tanto si se los compara con los ejecutados bajo la *lex prior* como si se los compara con los decididos según la *lex posterior*. No hay para ello ningún fundamento objetivo, pues constituiría una irrazonable y absurda menor sanción contraria a la igualdad como valor, principio y derecho. El art. 14 C.E. justifica pues, la adaptación (o si se prefiere "interpretación integradora") realizada de los arts. 60 y 74 de la L.O. 12/1985).

8. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 14 de junio de 1989 formuló sus alegaciones la representación del actor que, en síntesis, adujo lo siguiente:

A) El demandante fue Sancionado administrativamente por unos hechos que ya habían sido castigados por la jurisdicción militar. La normativa vigente prevé la posibilidad de sancionar por segunda vez en expediente gubernativo conductas ya juzgadas por los Tribunales de la jurisdicción

ordinaria, pero no autoriza la doble sanción cuando la Sentencia condenatoria hubiera sido dictada por el fuero de guerra, como acontece en el presente caso. La tesis de la resolución recurrida es que estaríamos ante un vacío normativo o laguna legal que habría que integrar por vía analógica. El resultado de esta integración sería extender la excepción legislativa de la doble sanción desde el supuesto especialmente contemplado en la norma vigente (condena por la jurisdicción ordinaria) al supuesto excluido (condena por la jurisdicción militar).

Tal tesis supone conculcar el principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 C.E. que en el ámbito punitivo impide extensiones analógicas a supuestos no contemplados por la Ley. “De otra forma, si los hechos sancionables no fueran sólo y exclusivamente los tasados en la Ley (aun cuando esta enumeración pudiera ser cuestionada como incompleta o imperfecta) sino que pudiera la Administración extender los tipos legales de infracción punible con criterios discrecionales o analógicos, se destruiría la esencia misma del principio de legalidad que recoge la Constitución... “.

B) Por otra parte, la vigencia del principio *non bis in idem* hace que en el presente caso no se pueda hablar con rigor de una laguna legal. Habría laguna si lo usual en Derecho punitivo fuera la doble sanción. Pero cuando el principio es justamente el contrario, aunque excepcionalmente exista un caso de doble sanción, expresamente recogido por el legislador, tal caso constituye la excepción y no la regla. El juzgador no debe extrañarse de que no existan legalmente más excepciones a la regla. No debe extender la excepción legal concreta a otras excepciones “*de lege ferenda*” más o menos próximas, pues en Derecho la norma excepcional ha de tener siempre una interpretación restrictiva.

En otras palabras, fuera de la excepción legal no hay laguna alguna. Lo que hay es el principio constitucional *non bis in idem*, cuya fuerza expansiva llena la supuesta “laguna”. Es con arreglo a este principio como habría que integrar la laguna, si es que existe. Introducir el mayor número de excepciones produce la violación de tal principio.

A continuación, el Tribunal explica los fundamentos jurídicos de la sentencia.

Según se ha dejado consignado en los Antecedentes, mediante Sentencia de 12 de noviembre de 1985, pronunciada por un Consejo de Guerra de Oficiales Generales, el recurrente, comandante de Intendencia de la Armada, fue condenado como autor de un delito de apropiación indebida a la pena de ocho meses de prisión menor con las accesorias de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y de separación del servicio. Sin

haberse ejecutado tales penas y en cumplimiento de lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 13/1985 de 9 de diciembre del Código Penal Militar, el Vicealmirante Comandante General de la Flota, por Decreto Auditoriado de 27 de junio de 1986 rectificó de oficio la Sentencia condenatoria, en el sentido de reducir la pena privativa de libertad a la de cuatro meses de arresto, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y de dejar sin efecto la accesoria de separación del servicio, atendida su desaparición del mencionado Código, que había entrado en vigor el anterior 1 de junio. Ello, no obstante, en el mismo Decreto se acordaba igualmente la instrucción de expediente gubernativo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 párrafo 2º de la Ley Orgánica 12/ 1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, vigente también a partir del 1 de junio de 1986.

Concluido el expediente, el Ministro de Defensa mediante Resolución de 9 de marzo de 1987, confirmada en reposición por la de 27 de octubre siguiente, impuso al actor la sanción disciplinaria extraordinaria, de separación del servicio. Esta sanción se halla prevista en los arts. 60, 61 y 74 II de la L.O.12/1985, en su redacción anterior, salvo el art. 61 a la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Disponía, en efecto, el arto 60 la procedencia de “la incoación del oportuno expediente gubernativo al militar profesional que hubiese sido condenado por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad...” determinando, el arto 74 II que al expedientado se le podrá imponer la sanción referida si la condena hubiera sido, entre otros, por un delito de apropiación indebida.

El solicitante de amparo imputa a la Resolución sancionadora la vulneración de los derechos fundamentales que le reconocen los arts. 23.2 y 25.1 de la Constitución. Es esta segunda infracción, sin embargo. la única que ahora puede estudiarse, toda vez que la primera, independientemente del problema de su autonomía respecto de la segunda vulneración denunciada suscitado tanto por el Ministerio Fiscal como por el Abogado del Estado, no fue aducida por el demandante en la vía judicial procedente (3rt, 43.1 LOTC) según resulta de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-disciplinario sustanciado en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

2. La conculcación de su derecho fundamental a la "legalidad en materia sancionadora (art.. 25.1 C.E.) la hace derivar el actor, únicamente, de la extensión analógica a su juicio operada por la Administración al ampliar un supuesto previsto en la LO. 12/1985 como constitutivo de la sanción extraordinaria de separación del servicio, esto es, la condena «por los Tribunales de la Jurisdicción

Ordinaria» por la comisión de un delito doloso (arts. 60 y 74 II), a otro supuesto no contemplado legalmente: la condena por un órgano de la jurisdicción militar. Empero la cuestión que el recurrente plantea es tributaria de otra lógicamente precedente, a saber, la del carácter previo o posterior de la Ley sancionadora aplicada respecto del supuesto de hecho que motivó la imposición de la sanción -o sea respecto de la existencia de una Sentencia condenatoria “por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad”-, pues el tratamiento del problema de la correspondencia entre tal supuesto y el descrito en la L.O. 12/1985 resultará superfluo si se constata que, al margen de la mayor o menor exactitud de dicha correspondencia aquella aplicación ha tenido lugar *ex post facto* por ser el hecho sancionado, anterior a su tipificación legal como ilícito disciplinario.

Ciertamente, el demandante ha limitado su queja en este proceso a la cuestión de la aducida analogía *in peius*. Pero ello no nos exime de analizar la cuestión de la retroactividad peyorativa de la sanción impuesta pues aparte del razonamiento que acabamos de expresar, esa cuestión, tratada en la Resolución sancionadora fue llevada por el actor al recurso jurisdiccional, sobre ella se pronunció la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y en torno a la misma han alegado en el presente litigio el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, los cuales resaltaron las similitudes del caso con el planteado en el R.A. núm. 1677/88 ya resuelto por esta misma Sala en la STC 196/1991. Si a estas circunstancias añadimos la consideración de que la cuestión referida afecta plenamente al derecho fundamental que el recurrente estima vulnerado -el proclamado en el art. 25.1 C.E.-, se comprenderá sin dificultad alguna la necesidad de su estudio y el que éste no haya de ir precedido del trámite de audiencia previsto en el art. 84 de la LOTC.

En la STC 196/1991 que se acaba de citar, recordaba este Tribunal su reiterada doctrina de que el art. 25.1 de la C.E., visto desde la perspectiva de la garantía de orden material que confiere establece un **derecho fundamental a la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes** esto es, a que la ley describa *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción, defina con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa que sólo puede consistir en la prevista legalmente. Esta «imperiosa exigencia de predeterminación normativa» (STC 42/1987), de *lex praevia* y *lex certa* (STC 133/1987), conlleva lógicamente la **prohibición de aplicación retroactiva de la Ley penal tipificadora**.

Por consiguiente y como en el caso resuelto mediante la STC 196/1991 se trata ahora de determinar si la garantía material del artículo 25.1 C.E. ha sido desconocida o menoscabada por la Resolución sancionadora del Ministro de Defensa impugnada en amparo. A tal propósito, conviene

señalar que, de acuerdo con la Disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985. del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas los preceptos de dicha Ley serian de aplicación a las infracciones cometidas **a partir de su entrada en vigor** salvo que tales preceptos fueran más favorables al sancionado en cuyo caso se aplicarían a éste previa audiencia del mismo. Pues bien, al recurrente se le impuso la sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio prevista en los arts. 61 y 74 II de la L.O. 12/1985 al haber sido condenado mediante una Sentencia, dictada el 12 de noviembre de 1985, o sea, con anterioridad no sólo a la fecha de entrada en vigor de la Ley sino a la publicación de la misma en el Boletín Oficial del Estado (el 29 de noviembre de 1985). Y aun a la fecha de la propia Ley (de 27 de noviembre do 1985). **No cabo duda, así de que los preceptos citados** -y antes, claro está, el art. 60 de la Ley disciplinaria militar **se le aplicaron al actor, retroactivamente.**

En la resolución recurrida se sostiene, sin embargo, que la Sentencia judicial, supuesto de hecho originador de la incoación del expediente gubernativo de conformidad con lo dispuesto en el art. 60 de la L.O. 12/1985 es la dictada por la Autoridad jurisdiccional de la Flota el 27 de junio de 1986 en revisión de oficio de la pronunciada por el Consejo de Guerra, de modo que aquel supuesto se habría producido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Análogamente, el Tribunal Supremo entiende que es la fecha definitiva de la condena (el citado 27 de junio de 1986) la determinante de la aplicación de la Ley. Mas esta tesis no puede ser aceptada. La Sentencia condenatoria del Consejo de Guerra había ganado firmeza tras la del Consejo Supremo de Justicia Militar de 23 do abril de 1986, declaratoria de no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. Prueba do tal firmeza es, además, el Decreto Auditoriado del siguiente 27 de junio que si procedo a la rectificación de oficio de la condena es porque ésta se había impuesto en una Sentencia ya fume (como exige la Disposición transitoria segunda del CPM), pues de otra manera no hubiera sido posible dicha rectificación sino la aplicación en vía de recurso de los preceptos del nuevo Código cuando resultaran más favorables al reo y previa audiencia del mismo (Disposición transitoria tercera del CPM).

Hubo, en suma, aplicación retroactiva al recurrente de la L.O. 12/1985. Aplicación retroactiva que, de otra parte, no puede entenderse cubierta por la salvedad contenida en la Disposición transitoria segunda de la Ley disciplinaria, referente al carácter más favorable de sus disposiciones para el sancionado. En efecto, frente a lo que sostiene en su escrito de alegaciones el Abogado del Estado, la comparación entre normas al objeto de precisar si las de la L.O. 12/1985 resultan más favorables de ningún modo opera, en el presente supuesto con relación al Código de Justicia Militar y al Código Penal común en cuya virtud fue penalmente condenado el recurrente. Ello por-

que eliminada del Código Penal Militar la pena de separación del servicio -hasta entonces accesoria, entre otros, en los casos de condena por el delito de apropiación indebida, según preceptuaba el art. 221 del C.J.M.- y dejada sin efecto para el recurrente dicha pena, en cumplimiento de lo establecido en la Disposición transitoria segunda del C.P.M. por el Decreto Auditoriado de 27 de junio de 1986, es claro que las normas sancionadoras de La ley disciplinaria no podían ser más favorables. Consecuentemente, **la garantía material del art. 25.1 C.E. fue desconocida** por la Resolución administrativa impugnada, ya que el Ministerio de Defensa aplicó al señor Álvarez de Furundarena los preceptos de una Ley punitiva promulgada y vigente con posterioridad al supuesto de hecho que describe y sanciona como constitutivo de un ilícito disciplinario.

4. La expuesta vulneración del derecho fundamental indicado obliga a la estimación del presente recurso, a reconocer el derecho fundamental del recurrente a no ser sancionado sino en virtud de ley anterior al hecho constitutivo de ilícito disciplinario y a declarar la nulidad de la Resolución administrativa sancionadora y de las que confirmaron la validez de la misma, sin que, por lo tanto, sea ya preciso examinar la infracción del art. 25.1 C.E. debida a la aducida aplicación analógica in peius de los preceptos de la Ley Orgánica 12/1985.

Con arreglo a todo ello, el Tribunal Constitucional resuelve estimar el recurso de amparo interpuesto por don Ricardo Álvarez de Furundarena, y en consecuencia:

1.º Declarar la nulidad de las Resoluciones del Ministro de Defensa de 9 de marzo y 27 de octubre de 1987, así como la de la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo núm. 26, de 21 de diciembre de 1988.

2.º Reconocer de conformidad con el art. 25.1 de la C.E. el derecho fundamental del recurrente a no ser sancionado sino en virtud de ley anterior al hecho constitutivo del ilícito disciplinario que le fue imputado, quedando restablecido en su derecho con la nulidad antes decretada.

9.6 JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Nos referimos ahora a la Sentencia 189/2004, de 2 de noviembre de 2004, que resuelve el recurso de amparo 929-2002, promovido por don Francisco Javier Barrios Espinosa frente al Auto dictado por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central que confirmó el archivo de su denuncia contra el Coronel Director de la Residencia Logística Gran Capitán de Granada por vulneración del derecho a la intimidad.

En primer lugar, como es habitual, el Tribunal expone en su sentencia los antecedentes:

a) El recurrente es Brigada del Ejército de Tierra en situación de servicio activo del Cuerpo General de Armas, especialidad fundamental Caballería, encontrándose en el momento de formular la demanda de amparo destinado en la Comandancia de Obras de Granada. Se encontraba alojado en el año 2000 en la Residencia Militar Logística Gran Capitán de Granada, concretamente en la habitación 52. Tal alojamiento se producía en calidad de residente permanente.

b) El 25 de junio de 2000, fueron aprobadas por el General Jefe de los Servicios Territoriales las normas de régimen interior de la residencia. El 27 de junio de 2000, el Coronel Director de la residencia le comunicó que de conformidad con dichas normas, vigentes a partir de julio de dicho año, debería pagar la cantidad de 15.000 pesetas mensuales en concepto de media pensión, con independencia de que realizara o no las consumiciones incluidas en ella. En concreto, el apartado 3.5.2 de tales normas establece que «La condición de usuario de la Residencia, permanente o transeúnte, lleva implícita la obligatoriedad del abono del precio de "media pensión" que comprende el desayuno y una de las dos principales comidas con independencia de que se realicen o no. El pago de la manutención se hará por adelantado». En dichas normas de régimen interior de la Residencia Militar Gran Capitán de Granada figuraba expresamente además (apartado 3.10) que «el no cumplimiento reiterado de alguna o algunas de las obligaciones que como usuarios están contenidas en las presentes Normas ... llevará al apercibimiento al causante o autor de la anomalía por parte del Coronel Director». En el apartado 3.11 se preveían los supuestos de pérdida de la condición de usuario: «La condición de usuario se pierde ... Tras un segundo apercibimiento por las causas señaladas en 3.10, se perderá automáticamente la condición de usuario, novedad que le será comunicada por el Coronel Director al tiempo que le señalará la obligación de dejar la habitación que ocupaba, presentándole al cobro la correspondiente factura ... Se le advertirá, así mismo, que a partir de ese momento dejan de prestarse en la Residencia todo tipo servicios inherentes a la condición de usuario».

c) El 7 de agosto de 2000, el Coronel Director de la Residencia Militar comunicó por escrito al demandante que durante los meses de julio y agosto no se había hecho cargo de los pagos por media pensión, de modo que conforme a lo establecido en el apartado 3.10 de las normas de régimen interior le realizaba el primer apercibimiento por incumplimiento. Recibido dicho apercibimiento, el recurrente procedió al pago de las 30.000 pesetas correspondientes a la media pensión por los meses de julio y agosto, aunque al no estar de acuerdo el demandante de amparo con las normas de régimen interior en que se basaba dicha decisión, promovió recurso de alzada resuelto

por el General Jefe de los Servicios Territoriales el 12 de septiembre de 2000. En la Resolución se confirmó la obligatoriedad del pago de la media pensión, desestimándose así el recurso del demandante en lo referente a su solicitud de que quedara sin efecto el primer apercibimiento de incumplimiento de las normas y de que le fueran devueltas las cantidades pagadas, y se estimó parcialmente en lo referente al momento en que había de efectuar los pagos, acordándose que, en lugar de hacerse por adelantado, se abonara al finalizar el mes o en el momento de perder la condición de residente. También se acordó que habiendo pagado los servicios de manutención correspondientes a julio y a agosto, y no habiéndolos efectuado, se aplicarían a la media pensión de los meses de septiembre y octubre. No conforme con dicha Resolución, el demandante promovió recurso de alzada ante la Jefatura de Mando de Personal que confirmó en lo esencial la Resolución recurrida, por otra de 2 de febrero de 2001.

d) El 16 de enero de 2001, el Coronel Director de la residencia apercibió por segunda vez a los efectos de lo dispuesto en el apartado 3.10 de las normas de régimen interior al recurrente por haber dejado impagados los servicios de manutención correspondientes a los meses de noviembre y diciembre, «exhortándole a que, de modo inmediato» regularizara su situación pagando las facturas correspondientes. Seguidamente, por Resolución del mismo día, notificada el día 17 de enero de 2001, se comunicó al demandante la pérdida de su condición de usuario residente al haber sido apercibido por segunda vez, conforme a lo dispuesto en el apartado 3.10 de las normas de régimen interior. También se le comunicaba la obligación de dejar vacante y disponible la habitación ocupada en el improrrogable plazo de 48 horas a partir del momento de serle notificada la resolución. Transcurrido tal plazo —expresaba la resolución— «dicha habitación dejará de recibir atención alguna por parte de los servicios diarios de la Residencia en tanto sea preparada para ser ocupada por otros residentes». Finalmente, se notificó al demandante que contra dicha Resolución cabía recurso de alzada.

Consta asimismo que con fecha 20 de febrero de 2001 el Coronel Director de la residencia comunicó al demandante su obligación de desalojar la habitación en cumplimiento de la Resolución antes mencionada, y que el 27 de febrero de 2001 puso en conocimiento del General Comandante Militar de la Plaza de Granada que el Brigada Barrios Espinosa estaba «demorando sin causa que lo justifique su obligación de desalojar la habitación» por lo que interesaba la designación de dos personas, Oficiales o Suboficiales de graduación igual o superior a Subteniente, a fin de que «en calidad de testigos presencien el desalojo de la habitación en caso de no hacerlo el interesado voluntariamente y procedan ... a hacer inventario de las pertenencias ... que se hallan en el interior de la habitación para su inmediato embalaje, cierre, precintado y depósito, a disposición de su propieta-

rio, en el lugar oportuno y de modo que dicha habitación pueda quedar disponible para servicio de otras personas en el más breve posible».

e) El 23 de febrero de 2001, el recurrente fue dado de baja para el servicio, lo que comunicó a su superior al tiempo que le adjuntaba copia de un escrito de 20 de febrero de 2001 dirigido al Mando de Personal del Ministerio de Defensa, en el que manifestaba que había presentado recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, por lo que solicitaba se le facilitara un número de cuenta en el que ingresar los servicios de manutención impagados mientras «la Autoridad Judicial correspondiente resuelva sobre el recurso». Este escrito fue comunicado al Coronel Director de la Residencia Militar el 20 de marzo de 2001 y en él se hacía constar que el demandante había fijado su residencia en Granada.

f) El 27 de febrero de 2001, como consecuencia de la petición del Coronel Director de la Residencia Militar a que se hizo mención anteriormente, la Gobernanta de la residencia, asistida de un Teniente, un Subteniente y dos miembros de la policía militar accedieron a la habitación ocupada por el demandante de amparo y «extrajerón» las prendas y efectos personales que hallaron en dicha habitación núm. 52, las introdujeron en cajas que precintaron y las depositaron en una dependencia de la residencia «hasta que sean recogidas por la persona que acredite ser su propietario».

g) Con fecha 8 de marzo de 2001, el recurrente se personó en la residencia militar y retiró las prendas depositadas que habían sido extraídas de la habitación, constituidas por ropas de uso personal, documentos y otros efectos personales.

h) El 18 de enero de 2001, mientras estaban ocurriendo tales acontecimientos, el demandante formuló denuncia por delitos de «injurias, falsedad y prevaricación» contra don Jesús García Muñoz, Coronel Director de la Residencia, ante el Juzgado de Instrucción de guardia de Granada. El mismo día, el recurrente compareció ante el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 23 y presentó copia de la denuncia formulada ante dicho Juzgado de Instrucción lo que motivó que con la misma fecha el Juez Togado acordara la incoación de diligencias previas «sin perjuicio de que una vez acreditados los hechos» pudiera resultar competente la jurisdicción militar o la jurisdicción ordinaria, para lo cual acordó la remisión de las actuaciones al Fiscal Jurídico Militar para informe sobre competencia. El 29 de enero de 2001, se ratificó el demandante en su denuncia y prestó declaración.

i) Con fecha 22 de febrero de 2001, el demandante de amparo compareció ante el Juzgado Togado Militar para aportar copia de un escrito presentado en el Registro de los Juzgados de Granada «desistiendo» de la denuncia formulada ante la jurisdicción ordinaria y aportó un nuevo escrito de ampliación de la denuncia contra el Coronel García Muñoz por los delitos de injurias, falsedad, prevaricación, apropiación indebida y abuso de autoridad.

j) El mismo día 8 de marzo de 2001 en que el demandante de amparo se hizo cargo de las pertenencias, prendas y efectos personales extraídos de la habitación que ocupaba, formuló ante el mismo Juzgado Togado Militar denuncia por prevaricación, abuso de autoridad y allanamiento de morada contra don Jesús García Muñoz, poniendo en conocimiento del Juzgado que a pesar de la existencia de un recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones antes mencionadas, el denunciado con la colaboración de terceras personas «sin comunicar ... la fecha y hora en que se llevaría a cabo el desalojo ... procede a invadir un domicilio particular, sin orden judicial, ni nombramiento de representantes... que garanticen el desalojo, retirando de la citada habitación material y enseres personales y más aún sin que se hayan iniciado actuaciones de desalojo o desahucio cuya resolución hubiera avalado esta actuación».

k) El 13 de marzo de 2001, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Granada comunicó al Juzgado Togado Militar que el 22 de enero de 2001 se había procedido al archivo de las diligencias previas 425-2001, incoadas a consecuencia de la primera de las denuncias formuladas ante la jurisdicción ordinaria, mediante Auto «al no ser los hechos constitutivos de infracción criminal».

l) Al siguiente día, 14 de marzo, se dictó por el Juez Togado Militar Territorial núm. 23 de Granada Auto inhibiéndose del conocimiento de las diligencias previas a favor del Juzgado Togado Militar Central de Madrid que correspondiera, por razón del fuero personal del demandado. Turnado el asunto al Juzgado Togado Militar Central núm. 1, se aceptó el conocimiento del mismo mediante Auto de 7 de junio de 2001. El 17 de julio siguiente prestó declaración el denunciado y con fecha 13 de agosto se dictó Auto por el Juez Togado Militar Central núm. 1 acordando el archivo de las diligencias por no ser los hechos constitutivos de delito.

En los fundamentos jurídicos de dicho Auto se razona, en primer lugar, que las residencias militares tienen como finalidad primordial la de facilitar alojamiento a los militares cuando llegan a las plazas de su destino «dada la movilidad que conlleva la profesión y de ahí que sus precios sean ‘políticos’ siendo, obviamente, dependencias militares». Seguidamente, que «su régimen interior está regulado por la Autoridad militar que puede utilizar el *ius variandi* cuando las necesidades así

lo requieran, siendo cualquier militar muy libre de acudir a ellas y obviamente aceptar su normativa o residir en cualquier otro lugar de su libre elección». Partiendo de estas premisas, la resolución judicial subraya que el objeto de su análisis es «determinar si la entrada en la habitación que ocupaba el Brigada Barrios reviste caracteres delictivos». Y dicha entrada se reputa legítima en la medida en que el denunciante había perdido la condición de usuario y así se le había notificado siete días antes sin que retirara sus pertenencias, por lo que «la ocupación legítima del alojamiento había finalizado, siendo necesario dejar libre la habitación para uso de posibles nuevos residentes, operaciones de limpieza y vaciado de armarios ... sin que conste que el denunciante hubiera interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución administrativa, a salvo de su propia manifestación, ni que la Administración hubiera recibido por parte de órgano jurisdiccional alguno que el acto administrativo hubiera sido suspendido». Además se señalan en el Auto las dificultades de notificación de la comunicación de la orden de desalojo como consecuencia de la baja por enfermedad del demandante por lo que «no se aprecia, ni tan siquiera a título indiciario, la comisión del delito de abuso de autoridad, ni del allanamiento de morada ni se ha producido violación de domicilio». También se rechazaba la concurrencia de un delito de prevaricación. En definitiva, se descartaba el carácter delictivo de la conducta denunciada al «no existir en el presente supuesto resoluciones que puedan tacharse de arbitrarias, ni irracionales que genéricamente puedan tildarse con el calificativo genérico de injustas, pues no es bastante la discordancia interpretativa de las normas para cometer dichos ilícitos».

m) Contra dicho Auto interpuso el Abogado del demandante recurso de apelación. Partiendo de que no es cierto que los militares sean libres de acudir a las residencias o no, puesto que el Ministerio de Defensa por su rango y categoría está obligado a alojar a los militares trasladados a los diferentes centros, considera que no es, por lo tanto, libre de acudir o no a ellos como erróneamente establece la mencionada resolución. Seguidamente, el recurrente insistía en que el denunciado conocía la existencia de un procedimiento contencioso-administrativo (del que se facilitaba el número y la fecha de celebración del juicio) y en que había ofrecido ingresar las cantidades en una cuenta hasta que concluyera aquél. Y advertía que la declaración del Coronel denunciado se había realizado sin presencia del Abogado del denunciante y que no era posible una actuación de desalojo del domicilio sin otras consideraciones. Por ello concluía que había de, en primer lugar, acordarse la nulidad de lo actuado al no haber sido citado para comparecer en la declaración del denunciado y, en segundo lugar, revocarse la resolución dictada y continuar el procedimiento. Admitido el recurso de apelación por Auto de 21 de septiembre de 2001, se remitieron las actuaciones a la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central.

n) Recibidas las actuaciones, y cumplido el trámite de alegaciones por parte del Fiscal Jurídico Militar y del denunciado, el 24 de enero de 2002 se dictó Auto por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central. En dicho Auto se confirmó la resolución de archivo de las diligencias previas ratificando los razonamientos del anterior.

En la demanda de amparo el recurrente **alega la vulneración de su derecho a la inviolabilidad domiciliaria proclamado en el art. 18.2 CE** por cuanto, conforme a la doctrina del Tribunal, **las habitaciones de los hoteles son consideradas domicilio** a estos efectos, lo que obligaba a recabar autorización judicial. Por todo ello, rechaza los argumentos utilizados en los Autos impugnados, destacando el carácter esencial de la tutela del derecho invocado.

A continuación, la sentencia explica los trámites procesales que se produjeron: concesión al Ministerio Fiscal de diez días para formular alegaciones, presentación del escrito de alegaciones del demandante,

El 16 de octubre de 2002 se registró el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal. Parte el Fiscal de que aun cuando la demanda no identifica con claridad y precisión los derechos fundamentales que se estiman lesionados, la cita de algunos preceptos constitucionales y el enunciado de algunos conceptos jurídicos genéricos permiten concluir que el demandante considera que se ha vulnerado no solamente su derecho a la inviolabilidad domiciliaria, sino también su derecho a la tutela judicial efectiva al no haber sido reparada la primera de las infracciones en el procedimiento penal. La inviolabilidad domiciliaria habría quedado afectada como consecuencia de la irregular actuación de un mando del Ejército en tanto en cuanto, una vez suspendida su cualidad de usuario de una residencia militar, acordó con posterioridad la entrada y retirada de sus enseres, disponiendo desde ese momento de la citada dependencia. Las resoluciones de los Juzgados Militares (en instancia y apelación) acordando el archivo de las diligencias previas incoadas a consecuencia de la denuncia por él presentada por los delitos de allanamiento de morada, prevaricación y abuso de superioridad habrían lesionado dichos derechos fundamentales proclamados en los arts. 18.2 y 24.1 CE.

Con cita y reproducción parcial de la STC 81/2002, entiende el Fiscal que la validación de la conducta del mando militar considerando que no era constitutiva de infracción penal alguna (negando con ello la condición de domicilio a la dependencia que ocupaba el demandante) plantea el problema de si se trata de una hipotética lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, o del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, y, en todo caso, estima que no puede afirmarse que la demanda carezca de contenido y, por ello, interesa su admisión a trámite.

El 25 de noviembre de 2002 se dictó providencia por la Sección Primera admitiendo a trámite la demanda de amparo

El 15 de enero de 2003 se presentó escrito de alegaciones por la representación del demandante de amparo. El demandante resalta en primer lugar los hechos fundamentales. En primer lugar alega que se había puesto en conocimiento del Sr. Coronel Director de la Residencia la oposición a las medidas acordadas y la interposición de un recurso administrativo contra ellas. Seguidamente que se había puesto en conocimiento de los órganos judiciales la jurisprudencia también citada por el Fiscal que considera a las habitaciones de hoteles y residencias como domicilios, anunciando la necesidad de que existieran órdenes judiciales que permitieran el acceso a dichas dependencias. A pesar de ello se produjo el desalojo, vulnerándose así el derecho a la inviolabilidad domiciliaria alegado por el demandante.

El 24 de enero de 2003 formuló sus alegaciones el Fiscal. Tras resaltar los hechos relevantes, como hiciera en el escrito anteriormente presentado, considera que son dos los derechos fundamentales afectados. El **derecho a la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la tutela judicial efectiva**. El primero se habría lesionado por la pretendida irregular actuación del mando del Ejército al desalojar al demandante de su domicilio y además las resoluciones judiciales de archivo supondrían también la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por el mismo orden que el empleado en el escrito de alegaciones correspondiente al trámite previsto en el art. 50.3 LOTC, el Fiscal comienza analizando la condición de domicilio de la habitación que ocupaba el demandante en la Residencia Militar Gran Capitán, llegando a la misma conclusión dimanante de la doctrina del Tribunal (**STC 10/2002**) de que la habitación tenía a todos los efectos la consideración de domicilio del demandante máxime cuando a tenor de las propias normas de régimen interior se define a los usuarios permanentes (apartado 3.1) como aquéllos que por estar destinados en la plaza se alojen en la residencia, y a sus familiares, siempre que la estancia sea o vaya a ser superior a 30 días, y esta calificación de usuario permanente alcanzaba a la particular situación del recurrente. Además, la Orden Ministerial 346/1998, de 23 de diciembre, relativa a las residencias militares y la Instrucción técnica 8/99 sobre uso y funcionamiento de residencias y alojamientos logísticos del Ejército de Tierra, concretan la finalidad de las residencias militares en la función de facilitar el alojamiento del personal militar y eventualmente de sus familias, expresión esta que, a juicio del Fiscal, sin duda reconoce al alojamiento residencial el carácter de ocupación

de un ámbito espacial destinado al desarrollo de la vida privada en sus vertientes personal y familiar, participando así las citadas dependencias de la naturaleza propia de las viviendas.

En cuanto al segundo de los extremos analizados por el Fiscal —la facultad del Coronel Director de la residencia para ordenar la entrada en la habitación y la extracción de las pertenencias del recurrente— ha de partirse del hecho incontrovertido de que la actuación se llevó a cabo como consecuencia de la resolución por la que se imponía al Brigada la obligación de dejar vacante y disponible la habitación en un plazo determinado tras dos requerimientos de desalojo, todo ello con arreglo a lo dispuesto en los apartados 3.10 y 3.11 de las normas de régimen interior, ejecutándose esta decisión directamente y **sin autorización judicial alguna**. Pero las citadas normas no prevén la adopción de la medida de desalojo pareciendo presumirse en ellas un abandono voluntario del usuario, lo que reconduce la cuestión al ámbito genérico de ejecución de actos de la Administración cuando puedan resultar afectados derechos fundamentales y desde ese punto de vista ha de afirmarse el carácter preceptivo de la autorización judicial que impone el **art. 18.2 CE** y, en concreto, el **art. 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa**, ya que el privilegio de autotutela no puede primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos. Dicha autorización hubiera situado al Juez en posición de garante del derecho fundamental, asegurándose que efectivamente la entrada acordada suponía la ejecución de un acto dictado por autoridad competente en el ejercicio de sus facultades, garantizando además que dicha irrupción se realizaba sin más limitaciones que aquéllas que fueran estrictamente indispensables. En consecuencia al haberse acudido a la vía de hecho por parte del Coronel Director de la residencia resultó lesionado a juicio del Fiscal el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, optando el demandante por la vía penal para procurar la reparación del derecho fundamental así vulnerado.

Por lo que se refiere a la trascendencia constitucional de las decisiones de archivo de las diligencias previas por parte de los órganos judiciales, decisiones que estimaron que los hechos no constituían los delitos indicados en la denuncia del recurrente al entender que la habitación no constituía su domicilio y que consiguientemente la entrada en ella no suponía vulneración del derecho consagrado en el art. 18.2 CE, el Fiscal parte de que al estar comprometido un derecho fundamental sustantivo el Tribunal Constitucional no puede limitarse a determinar la razonabilidad de la interpretación, sino su acierto conforme a su propia doctrina (citando la STC 148/2001). Por lo tanto, aun cuando el demandante alegue la vulneración de los derechos reconocidos por los arts. 18.2 y 24 CE, ha de reconducirse la cuestión al derecho fundamental sustantivo.

Partiendo, pues, de la base de que a juicio del Fiscal el derecho a la inviolabilidad domiciliaria fue vulnerado por la actuación del Coronel Director de la residencia, y que tal lesión no fue reparada en vía judicial, el examen ha de contraerse a analizar si las resoluciones judiciales acordando el archivo constituyen una infracción del derecho fundamental comprometido.

Y a este respecto, subraya que, como ha señalado este Tribunal en multitud de ocasiones, la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales, constituyendo su única misión la de controlar si el órgano judicial ha realizado una interpretación y aplicación constitucionalmente correctas del derecho fundamental alegado, siendo los órganos judiciales quienes en este ámbito están habilitados para analizar si concurren o no los elementos del tipo delictivo, siempre que la interpretación del tipo penal que realicen no sea irrazonable y pueda conllevar una vulneración del principio de legalidad. No corresponde, por ello, al Tribunal Constitucional analizar si habiéndose lesionado el derecho fundamental proclamado en el art. 18.2 CE, la conducta denunciada es constitutiva de un delito de prevaricación o de allanamiento de morada, pues dicha función es aplicación de la legalidad ordinaria en la que no pueden ser sustituidos los órganos de la jurisdicción. Sólo le corresponde determinar si las resoluciones judiciales han respetado el *ius ut procedatur* del ciudadano que ha solicitado la protección de un derecho fundamental, sin poder revisar la calificación penal de los hechos (STC 31/1996) pues ésta concierne exclusivamente a los órganos de la jurisdicción penal.

Por lo tanto, el Fiscal interesa que se dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo, reconociendo al demandante su derecho a la inviolabilidad domiciliaria, se anulen los Autos de 13 de agosto de 2001 y 24 de enero de 2002 dictados por el Juzgado Togado Militar Central núm. 1 y la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, respectivamente, a fin de que por el primero se dicte nueva resolución en la que partiendo de la vulneración del derecho fundamental proclamado en el art. 18.2 en la ejecución del desalojo de la dependencia se resuelva la procedencia de continuar o no la instrucción penal tras el análisis de las figuras delictivas objeto de denuncia.

El 3 de febrero de 2003 se registró en el Tribunal el escrito de alegaciones de don Jesús García Muñoz. En primer lugar, a su juicio, es preciso analizar si las residencias y alojamientos militares, por las especiales circunstancias que concurren en ellos, constituyen o no domicilio, llegando a la conclusión de que a los efectos establecidos en el art. 18.2 CE y teniendo en cuenta la normativa sobre residencias militares, las habitaciones de los miembros de las Fuerzas Armadas no constituyen domicilio sino asignaciones de aposentos por necesidades del servicio. En consecuencia nunca existió allanamiento de morada, ni delito de prevaricación, puesto que el Director de la residencia se

limitó a dar cumplimiento a la normativa en materia de residencias, y a cumplir las normas de régimen interior aprobadas por la superioridad.

El 16 de abril de 2003 se presentó escrito por el Abogado del Estado personándose en el recurso de amparo. Por providencia de 20 de mayo de 2003 se le tuvo por personado y parte, con mención del estado en que se encontraba el proceso.

A continuación, el Tribunal explica los fundamentos jurídicos.

El demandante de amparo, don Francisco Javier Barrios Espinosa, Brigada del Ejército de Tierra, considera que la decisión del Coronel Director de la Residencia Militar Gran Capitán de Granada de acordar su desalojo de la habitación que ocupaba en la residencia mencionada, así como el empaquetado y traslado de sus ropas, enseres y efectos personales a otras dependencias de la misma residencia, vulneró su derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria —art. 18.2 CE—, al haberse producido sin mediar la preceptiva autorización judicial, a lo que ha de añadirse la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva —art. 24 CE— tal como deriva de algunos conceptos genéricos —lo subraya el Fiscal— del discurso argumentativo de la demanda.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo, por entender vulnerado el derecho reconocido en el art. 18.2 CE, con anulación de las resoluciones judiciales impugnadas.

El Sr. García Muñoz, por el contrario, solicita la desestimación del recurso, alegando que las residencias militares, en cuanto centro militar, no se ajustan al concepto preciso de domicilio.

Y siguiendo un orden lógico e incluso cronológico en el planteamiento de las cuestiones, la primera que hemos de examinar es la de si la habitación asignada en una residencia militar a una persona constituye su domicilio y, por lo tanto, si goza de la protección que le dispensa el art. 18.2 CE. De modo expreso, como hemos visto, le niega tal carácter don Jesús García Muñoz en su escrito de alegaciones, y, en otro sentido, de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales de la jurisdicción militar se desprende la consideración de que cuando se acordó la pérdida de la condición de usuario de la residencia militar del demandante de amparo, aquella dejó de ser su domicilio, lo que hacía innecesario cualquier tipo de autorización judicial.

Como se afirmaba en la **STC 10/2002**, de 17 de enero (FFJJ 5 y 6), citada por el Fiscal y por el recurrente en amparo, y se ha recordado después en la **STC 22/2003**, de 10 de febrero, la norma

constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliarios (art. 18.2 CE), a pesar de la autonomía que la Constitución española reconoce a ambos derechos, constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. De modo que si el derecho proclamado en el art. 18.1 CE tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria protege «un ámbito espacial determinado» dado que en él ejercen las personas su libertad más íntima, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada. Por ello, hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona.

Entre otras consecuencias, tal carácter instrumental determina que el concepto constitucional de domicilio tiene mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo de domicilio y no admite «concepciones reduccionistas» (por todas SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5, y 10/2002, de 17 de enero, FJ 6 *in fine*). Por ello, hemos afirmado en el fundamento jurídico 8 de la citada STC 10/2002 que **«el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual.** Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada» Así como que «el propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros». De ahí extrajimos la consecuencia, al declarar la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el art. 557 de la Ley de enjuiciamiento criminal que **«las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya**

que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada».

Esta declaración que realizamos respecto de las habitaciones de los hoteles es **extensible con mayor razón aún a las habitaciones ocupadas por quienes son definidos en las normas de régimen interior de la residencia militar como usuarios permanentes**, máxime cuando, como alega el Fiscal e incluso reconoce don Jesús García Muñoz, la función de estos alojamientos es facilitar aposentamiento a los militares destinados en una determinada plaza, como expresamente prevé la Orden Ministerial 348/1996 que regula su uso. Ya afirmamos en la **STC 10/2002**, tantas veces citada, que incluso **«ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración»**, pues son «espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle».

Así pues, 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.

Como hemos afirmado reiteradamente desde la **STC 22/1984**, de 17 de febrero, la protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera define su «inviolabilidad», que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, que supone una aplicación concreta de la primera, establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliarios, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, **sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial** (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3 y 5; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5; y 22/2003, de 10 de febrero, FJ 3). De modo que el contenido del derecho es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es 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.

La garantía judicial aparece así, según hemos dicho en la STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8, como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no —como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución— a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial sirve para decidir, en casos de colisión de derechos e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 CE u otros valores constitucionalmente protegidos. Se trata, por tanto, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia de consentimiento del titular.

En el presente caso, nos encontramos ante una actuación de desalojo del demandante de la habitación que ocupaba en la residencia militar, que se llevó a cabo en cumplimiento de lo prevenido en las normas de régimen interior de la residencia. Estas normas disponen que, una vez se pierda la condición de usuario del establecimiento, dicha novedad será comunicada al interesado por el Coronel Director, al tiempo que le señalará la obligación de dejar la habitación que ocupa. **En ningún momento hubo resolución judicial**, concerniente al desalojo del recurrente, que efectuara una ponderación de sus intereses y derechos, incluidos, desde luego, los referentes al domicilio. En el presente caso estamos ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela administrativa, que no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 CE (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 238/1992, de 17 de diciembre; 148/1993, de 29 de abril; 78/1996, de 20 de mayo; 199/1998, de 13 de octubre). Esta prerrogativa, sin embargo, no puede primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 171/1997, de 14 de febrero; 199/1998, de 13 de octubre), por lo que en los actos de ejecución la Administración tiene que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de ella, de suerte que **cuando resultan necesarios la entrada o el registro en el domicilio de una persona, para llevarlos a cabo será preciso dar cumplimiento a los requisitos del artículo 18 CE.**

De este modo, dado que constitucionalmente la Administración se encuentra inhabilitada por el art. 18.2 CE para autorizar la entrada en domicilio, el acto administrativo que precisa una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado no conlleva por sí solo el mandato y la autorización del ingreso, lo que implica que cuando éste es negado por el titular **debe**

obtenerse una resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, y 211/1992, de 30 de noviembre). En estos casos, el control que corresponde hacer al Juez es el de **«garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo cual significa que no es el Juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la Administración, sino el Juez de la legalidad de la entrada en domicilio»** (SSTC 76/1992, de 14 de mayo, y 199/1998, de 13 de octubre). Pero **sin este control, el acto es ilícito** y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y salvo naturalmente hipótesis excepcionales, como puede ocurrir con el estado de necesidad.

Por lo tanto, conforme a nuestra doctrina, en el caso que se examina debió recabarse una resolución judicial previa para la penetración en el ámbito protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria. Y ello sin entrar a considerar la legalidad y los efectos de la resolución dictada por el Sr. Coronel Director de la residencia militar apercibiendo al demandante para que desalojara la habitación núm. 52 que le había sido asignada, ni las consecuencias de la decisión relativa al desalojo, ni las posibles resoluciones adoptadas o por adoptar por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo al que acudió en su momento el recurrente para impugnar las normas de régimen interior. La habitación asignada a una persona en un establecimiento de estas características tiene indudablemente la consideración de domicilio. Por tanto, la **decisión de ejecutar un acto administrativo y entrar en la habitación del demandante sin autorización judicial, contra o cuando menos sin la voluntad de su ocupante, y de extraer del domicilio sus pertenencias, enseres y efectos personales, integra una lesión del derecho fundamental del demandante a la inviolabilidad domiciliaria**, en la medida en que fue desalojado de su domicilio sin consentimiento ni autorización judicial alguna, como expresamente se prevé en el art. 8.5 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo hemos declarado constantemente en nuestra jurisprudencia exigiendo bien un pronunciamiento judicial previo acordando el desalojo, que haría innecesaria una duplicidad de resoluciones judiciales (SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 9, y 92/2002, de 22 de abril, FJ 3, entre otras), bien la autorización judicial en los supuestos en los que no ha existido resolución judicial previa (SSTC 144/1987, de 23 de septiembre, FJ 2; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3, y 139/2004, de 13 de septiembre, FJ 2, también entre otras muchas).

Apreciándose así que la entrada en la habitación del demandante de amparo integraba una lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, dado que la reacción de aquél discurrió por el cauce de la vía penal que puso en marcha al denunciar al Director de la residencia militar, habrá que recordar (SSTC 21/2000, de 31 de marzo, FJ 2, y 4/2004, de 16 de enero, FJ 4):

a) «Que, como hemos afirmado reiteradamente, el recurso de amparo constitucional no es cauce idóneo para pedir una condena penal, ya que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener este tipo de condena (ATC 228/1987, de 25 de febrero; SSTC 147/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 83/1989, de 10 de mayo, FJ 2; 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 11; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5; 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4; 74/1997, de 21 de abril, FJ 5, y 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2).

Ahora bien, de esta afirmación no cabe deducir que, cuando se haya acudido a la vía penal como medio de reacción contra las vulneraciones de los derechos fundamentales de carácter sustantivo y dichos órganos judiciales no hayan dictado Sentencia condenatoria, este Tribunal no pueda pronunciarse sobre la existencia de la vulneración constitucional alegada. En este caso, que es precisamente el que se plantea en el supuesto que ahora se examina, el juicio que puede efectuarse en sede de amparo constitucional no puede extenderse a analizar si concurren o no los elementos del tipo delictivo, pues, salvo en los supuestos en los que la interpretación efectuada por los órganos judiciales de estos elementos sea irrazonable de tal forma que la misma pueda conllevar una vulneración del principio de legalidad penal (por todas, STC 189/1998, de 28 de septiembre), ésta es una tarea de estricta legalidad ordinaria que compete en exclusiva a la jurisdicción penal (AATC 321/1984, de 30 de mayo, 582/1984, de 10 de octubre, 847/1988, de 4 de julio, 189/1989, de 17 de abril, 61/1992, de 3 de marzo; STC 78/1995, de 22 de mayo). Sí corresponde, en cambio, a este Tribunal revisar las decisiones que en relación con los derechos fundamentales alegados haya podido adoptar la jurisdicción penal, al ser éste el objeto propio y específico del recurso de amparo constitucional. Como señalamos en la STC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, en el seno de un proceso penal pueden verse lesionados, no sólo derechos procesales, sino también derechos sustantivos con consideraciones o declaraciones judiciales que atenten a su contenido, y por ello dichas declaraciones o consideraciones son susceptibles de control constitucional a través del recurso de amparo.»

b) «No obstante, dado que esta revisión constitucional tiene como objeto Sentencias absolutorias o resoluciones judiciales que materialmente producen este efecto —Autos de sobreseimiento o en los que se ordena el archivo de las diligencias por considerar que los hechos imputados no son constitutivos de delito—, su alcance queda reducido únicamente a comprobar si el órgano judicial ha adoptado su decisión tras efectuar, en un auténtico proceso (STC 138/1999, de 22 de julio), una interpretación y una aplicación constitucionalmente correctas del derecho fundamental alegado y, de no ser así, a declarar lesionado el derecho fundamental, pero sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la resolución judicial impugnada. Como declaramos en la

STC 41/1997, de 10 de marzo, citando a la STC 114/1995, de 6 de julio, la jurisdicción constitucional de amparo "no ha sido concebida sino para corregir posibles vulneraciones de los derechos fundamentales y libertades públicas" y por ello en la STC 41/1997, de 10 de marzo (FJ 6), sostuvimos "la inviabilidad de anular en esta sede una Sentencia con un pronunciamiento absolutorio de fondo que haya adquirido firmeza sobre la base de un derecho de acción que el legislador, en virtud de un sólido fundamento constitucional, ha declarado ya extinguido, prolongando indebidamente, en sede de amparo, el proceso penal".»

c) «De esta forma, en el caso de que se llegara a la conclusión de que la Sala ha infringido el derecho fundamental invocado por no haber efectuado una valoración del mismo acorde con su contenido constitucional y se otorgase el amparo solicitado, el recurrente podría obtener la protección del derecho fundamental que estima lesionado mediante un pronunciamiento declarativo en el que se le reconozca el derecho o libertad pública cuya lesión ha motivado la demanda de amparo [pronunciamiento expresamente previsto en el art. 55.1 b) LOTC]. Tal pronunciamiento constituye en sí mismo la reparación del derecho fundamental invocado, sin que su carácter declarativo le prive de su efecto reparador, ya que a través del mismo no sólo se obtiene el reconocimiento del derecho, sino que, además de proporcionar esta reparación moral, puede conllevar otro tipo de efectos al ser potencialmente generador de una futura indemnización (STC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2).»

d) «Éste debe ser, por tanto, el alcance de un eventual fallo estimatorio en estos casos en los que se imputa al órgano judicial penal lesión de derechos fundamentales sustantivos y la resolución penal impugnada no sea una Sentencia condenatoria. En estos supuestos la estimación del amparo no puede conllevar la anulación de una resolución judicial materialmente absolutoria —ya sea una Sentencia o un Auto del que se derive este efecto— por ser contraria tal consecuencia al principio de seguridad jurídica (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 6; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2) en relación con el art. 24 CE, pues tal pronunciamiento podría arrojar sobre quien ha sido absuelto o ha visto archivada una querrela la carga y gravosidad de un nuevo enjuiciamiento, que sería incompatible con la Constitución al no estar destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional (STC 159/1987, de 26 de octubre) y no venir exigido tampoco por la necesidad de tutelar los derechos fundamentales del recurrente en amparo —como ya se ha indicado, dicha tutela la dispensa el pronunciamiento declarativo de este Tribunal sin que la misma requiera la nulidad de la Sentencia al no formar parte de los derechos fundamentales sustantivos el derecho de acción penal.»

e) En último término, ha de subrayarse que hemos llegado al «resultado de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria —el Auto de archivo—, o una Sentencia penal absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones sólo en caso de que se haya producido una quiebra de una regla esencial del proceso justo en perjuicio de la acusación, ya que el desarrollo de las actuaciones procesales sin las garantías consustanciales al proceso justo no permite hablar de proceso en sentido propio, ni puede permitir que la Sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable» (STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4).

Ya en este punto, es de advertir que **las resoluciones de los órganos de la jurisdicción militar aquí impugnadas, lejos de reconocer al aquí demandante el derecho recogido en el art. 18.2 CE, vinieron a ignorarlo.**

En concreto, el Auto del Juez Togado Militar Central núm. 1 de 13 de agosto de 2001 señala en su fundamento jurídico primero: «Resulta acreditado en las actuaciones que la entrada en la habitación resulta legítima, puesto que previamente se había producido la pérdida de la condición de usuario y se le había notificado siete días (folios 268 y 246 a 251) antes sin que el denunciante procediera a desalojar sus enseres y pertenencias, pérdida de dicha condición acaecida por motivo razonable, por lo que la ocupación legítima del alojamiento había finalizado, siendo necesario dejar libre la habitación para uso de posibles nuevos residentes». En la misma línea, el Auto de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central de 24 de enero de 2002 afirma, en su fundamento jurídico segundo, que «al no haberse satisfecho el pago de las cantidades oportunamente reclamadas por debidas, se produjo una causa legal para decaer en sus derechos como usuario, por lo que, siendo advertido de dicha situación a los efectos de desalojo de sus pertenencias y no ser cumplimentado por el denunciante, el Coronel Director actuó en cumplimiento de sus obligaciones conforme a la normativa vigente, no deduciéndose de su actuar indicio racional alguno que pudiera tipificar su conducta como un presunto delito de abuso de autoridad y allanamiento de morada».

Resulta indiscutible que las resoluciones judiciales exteriorizan los criterios jurídicos en que fundamentan su decisión. Ahora bien, como señala el Ministerio Fiscal, de la lectura de las mismas se desprende con claridad que **los órganos judiciales entendieron que la habitación del recurrente ya no constituía su domicilio**, al haber perdido la condición de usuario por los motivos que exponen (atendiendo a criterios de legalidad administrativa), siendo ésta la razón determinante del archivo de las diligencias respecto del delito de allanamiento de morada. Por tanto, puede afirmarse que la *ratio decidendi* de tal archivo prescinde de la existencia del derecho fundamental en juego que resulta vulnerado y no respeta la posición constitucional del mismo, ya que su presupuesto es la

negación de la condición de domicilio a la habitación desalojada, cuando conforme a nuestra jurisprudencia la citada habitación tenía la consideración indudable de domicilio, como hemos expuesto en fundamentos jurídicos anteriores.

Así las cosas, ha de subrayarse que la demanda de amparo se funda en la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, de suerte que la del derecho a la tutela judicial efectiva opera sólo, como indica el Ministerio Fiscal, por «no haber sido reparada, en el proceso penal iniciado, la primera de las infracciones descritas». No se alegan, pues, «quebras procesales esenciales causantes de indefensión en las partes acusadoras» (STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 3), sino sólo la vulneración del art. 18.2 CE. Y este Tribunal viene declarando que no «cabe la retroacción de actuaciones para celebrar un nuevo juicio penal, como consecuencia del otorgamiento del amparo por vulneración de derechos fundamentales de carácter sustantivo pues con ello se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional» (SSTC 157/1989, de 26 de octubre, FJ 3, y la ya citada 4/2004, FJ 4). En el caso que ahora se examina, tratándose de resoluciones penales de archivo de las diligencias, procedente será el otorgamiento del amparo con un alcance puramente declarativo.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional resuelve estimar en parte el amparo promovido por don Francisco Javier Barrios Espinosa y, en su consecuencia: Reconoce su derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).

10. LEY ÓRGÁNICA 9/2011 DE 27 DE JULIO DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Esta ley trata de dar cumplimiento al mandato de la Disposición final tercera de la Ley 5/2005 de 17 de noviembre, de la defensa nacional y al apartado IX del Preámbulo de la Ley 39/2007. Y ello, a su vez, para actualizar la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas. En definitiva, completa el estatuto de las Fuerzas Armadas, que en los últimos años ha sido renovado y acrecentado con profusión por el último Gobierno socialista.

Las novedades más destacadas de la ley son la creación del Observatorio de la vida militar, la creación del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas y sobre todo, el reconocimiento del derecho de asociación, de acuerdo con la fundamental STC 219/2001, ya comentada anteriormente.

En efecto, las asociaciones profesionales integradas por miembros de las Fuerzas Armadas y constituidas para la defensa y promoción de sus intereses profesionales, económicos y sociales son reconocidas. Además se fijan las normas relativas a su Constitución y régimen jurídico y se crea un Registro de asociaciones en el Ministerio de Defensa.

Estas asociaciones podrán realizar propuestas, solicitudes y sugerencias y recibir información del Ministerio sobre aquéllos asuntos relacionados con sus fines estatutarios. Asimismo, las que reúnan un porcentaje de socios determinado podrán participar en el Consejo y participar en la elaboración de proyectos normativos atinentes al régimen de personal.

El Consejo se constituye en enlace entre el Ministerio y las asociaciones profesionales a través de determinados procedimientos de consulta, información y propuesta sobre el régimen de personal militar. Su funcionamiento, su composición básica, funciones, régimen de trabajo y cauces para la presentación de las propuestas son reguladas asimismo por la ley.

En tercer lugar, como hemos dicho se crea el Observatorio de la vida militar, constituido como un órgano colegiado, asesor y consultivo, que analizará aquellos extremos que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los miembros de las Fuerzas Armadas y procurará una mejor regulación de la profesión militar.

Estará compuesto por personalidades de reconocido prestigio en el ámbito de la defensa, de los recursos humanos o del Derecho constitucional, elegidos por el Congreso y Senado.

La ley se articula en 56 artículos, distribuidos en seis títulos. En primer lugar, el título preliminar contiene el objeto de la ley, su ámbito de aplicación y una serie de preceptos que definen reglas esenciales como el acatamiento de la Constitución, la igualdad, el deber de neutralidad política y sindical, etc

Son principios transversales de la ley los de igualdad efectiva entre hombres y mujeres y la eliminación de cualquier discriminación, por imperativo de la Ley 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

Se reproduce el artículo 4 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar, que contiene las reglas esenciales de comportamiento del militar y que fueron desarrolladas en el RD

96/2009 de 6 de febrero de Reales Ordenanzas, con la incorporación del principio de unidad y una nueva referencia a la actitud que debe adoptar el militar en situaciones de crisis o de combate.

El Título I regula los derechos fundamentales y libertades públicas específicos como la libertad de expresión, el derecho de reunión, el derecho a la intimidad, el derecho de asociación, el de sufragio o el de petición, incluyendo una mención específica al Defensor del Pueblo.

El Título II regula sistemáticamente los derechos profesionales y los de protección social.

El Título III regula el asociacionismo militar y el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas.

El Título IV regula la figura del reservista y el régimen de derechos y libertades públicas a que puede acogerse, habida cuenta de que sólo tendrá la condición de militar cuando sea activado.

El Título V regula la composición, funcionamiento, objeto, naturaleza y funciones del Observatorio de la vida militar.

La parte final recoge toda una serie de disposiciones de cierre: dos adicionales, una transitoria, una derogatoria y quince finales.

La disposición adicional primera regula la participación de retirados en asociaciones profesionales y la participación de asociaciones profesionales de militares retirados y discapacitados en el Consejo.

La disposición adicional segunda suprime los Consejos Asesores de Personal.

La disposición transitoria única prevé que el personal militar que constituya el Centro Nacional de Inteligencia se regirá por lo previsto en esta ley, en tanto no se apruebe una normativa específica que actualice los derechos y deberes de dicho personal.

Varias disposiciones finales se dedican a actualizar algunas normas que fueron dictadas en desarrollo de la Constitución para regular derechos fundamentales y libertades públicas.

La disposición final quinta da una nueva redacción al artículo 4.1 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar y modifica su disposición adicional sexta para que los médicos militares puedan beneficiarse de convenios suscritos con universidades.

La disposición final sexta modifica el artículo 15 de la Ley 8/2006, de 24 de abril de tropa y marinería para favorecer la progresión de los soldados y marineros a lo largo de las diferentes escalas.

La disposición final séptima añade una nueva disposición a la Ley 26/1999 de 9 de julio de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas.

La disposición final octava recoge el mandato de la proposición no de ley aprobada por la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados en su sesión del día 1 de abril de 2009, en el sentido de revisar en profundidad la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Las disposiciones finales novena y décima se refieren a los plazos para constituir el nuevo Consejo y el Registro de Asociaciones Profesionales.

La disposición final undécima asigna al Observatorio de la vida militar la tarea de analizar la aplicación de la ley.

11. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY ORGÁNICA 9/2011 DE 27 DE JULIO DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Esta ley, elaborada, aprobada y promulgada en la fase final de la legislatura anterior y con no poca precipitación es sin embargo, un avance innegable en el reconocimiento de derechos y deberes a los miembros de las Fuerzas Armadas. Por ello, nuestro juicio debe ser necesariamente positivo, en líneas generales.

Es bien sabido que sólo se deben imponer a los derechos aquéllos límites que sean estrictamente indispensables y esta ley trata de ser fiel a este principio. No obstante, el optimismo que puede suscitar esta ley debe ser rebajado prudentemente pues se aplicará, no aisladamente, sino conjuntamente con otras disposiciones legales y administrativas que aún no han sido revisadas y que perpetúan situaciones no acordes con el propio espíritu que la ley trata de seguir (por ejemplo, la Ley

Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre de Régimen disciplinario o numerosas Instrucciones particulares emanadas de la sola voluntad de un alto mando militar).

En primer lugar, el artículo 4.2 contiene una redacción que no compartimos: “Las autoridades competentes promoverán las medidas necesarias para garantizar que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la igualdad entre el hombre y la mujer sea real y efectiva...” La referencia al hombre y la mujer nos parece una redundancia absurda en un ejército que tiene mujeres ya en primera línea de combate, además de una mención más ideológica que jurídica (esta ley es tributaria de la llamada ideología de género auspiciada por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa desde hace décadas y acogida vehementemente por el último Gobierno socialista). Por otra parte, la igualdad no sólo es entre hombre y mujer sino entre oficiales, entre suboficiales, entre las diferentes Armas, etc

En segundo lugar y respecto al artículo 7, “Neutralidad política y sindical”, sabemos, de acuerdo con la Sentencia 219/2001, que “el art. 28.1 CE ...defiere a la Ley la posibilidad de "limitar o exceptuar" el ejercicio del derecho de sindicación "a las Fuerzas o Institutos armados", habiendo optado el legislador por exceptuarlos de dicho ejercicio en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS)”²¹⁹. En este sentido, pues, este artículo 7 es plenamente conforme a la LOLS y a la Constitución y entendemos que es la regulación más sensata y acorde con el principio de neutralidad que siempre debe presidir la actuación de las Fuerzas Armadas.

Nada hay pues que objetar, a pesar de las críticas que ha suscitado de parte de quienes han visto en esta nueva ley una oportunidad frustrada para legalizar el derecho de sindicación en las Fuerzas Armadas, alejándose de lo que es la naturaleza de los Ejércitos, como institución que debe estar al margen de contiendas políticas y sindicales.

El artículo 10, declara el derecho a la intimidad y dignidad personal, loable intento de normalizar las llamadas “revistas” en las que se inspecciona el contenido de las habitaciones y taquillas del personal acuartelado, a menudo rozando la ilegalidad y aprovechando la ignorancia de la ley por parte del inspeccionado. No obstante, es cierto que este derecho, como otros muchos que ahora recoge esta ley ya habían sido reconocidos previamente por la jurisprudencia constitucional. Véase por ejemplo la STC 189/2004 de 2 de noviembre: “Así pues, 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 destina-

²¹⁹ STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 7

das 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”²²⁰.

Hacemos constar, no obstante, lo difícil que será llevar a la práctica este artículo pues, por nuestra experiencia sabemos cómo se llevan a cabo estas revistas, lo que hace prácticamente imposible que el inspeccionado, normalmente un soldado, se permita el solicitar a sus mandos la presencia de dos testigos.

El artículo 12, “Libertad de desplazamiento y circulación”, aparte de su deficiente enunciado, que nos parece debería haber sido “Libertad de residencia y circulación”, creemos que restringe este derecho más allá de lo previsto por el artículo 19 de la Constitución, pues ésta nada dice de la posibilidad de limitar o restringir la libertad de residencia y circulación.

En este caso hay que diferenciar dos supuestos: el de la restricción del derecho de residencia en aras de la “disponibilidad” y de las “necesidades del servicio” y el de la restricción del derecho de desplazamiento y circulación internacional en el caso del disfrute de permisos y licencias. En el primer supuesto, expresamente tipificado en el artículo 23 (“Residencia y domicilio”), está meridianamente claro que las peculiaridades y exigencias de la vida militar requieren una disponibilidad permanente y por ello parece admisible constitucionalmente que se restrinja, en cierto modo, el derecho de residencia para lograr que el personal esté en condiciones de personarse en su base o acuartelamiento en cuanto sea alertado o requerido (por ejemplo, con ocasión de una guardia). En el supuesto de disfrute de vacaciones, permisos y licencias, sin embargo, no creemos justificado que se exija una “autorización previa” para realizar un desplazamiento al extranjero, que sólo debería ser una mera comunicación por parte de quien pretende desplazarse. No olvidemos, por otra parte, que la pertenencia a la Unión Europea hace que en muchos casos ya no podamos hablar de “extranjero” sino de territorio comunitario, algo ignorado por la ley.

En ambos casos, de todas formas, se está dejando a una autoridad administrativa la limitación de un derecho fundamental, lo que debe suscitar las mayores cautelas.

En relación al derecho a la libertad de expresión, recogida en el artículo 12, es de destacar que el ambiguo concepto “deber de reserva”, puede quedar a la libre interpretación del mando militar de turno, lo que constituiría una fuente inagotable de conflictos jurídicos, pues cabe preguntarse: ¿sobre qué debe guardar reserva?; ¿cuándo?; ¿bajo qué condiciones?. En definitiva, preferiríamos

²²⁰ STC 189/2004 de 2 de noviembre, FJ 2

una redacción más transparente que hiciese referencia a la legislación sobre secretos oficiales, lo que zanjaría cualquier controversia.

El derecho de reunión aparece recogido en el artículo 13 y aunque, en general, parece plausible su redacción, apreciamos una flagrante contradicción con la STC 219/2001 de 31 de octubre pues dice el artículo 13 de la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas que el militar “ ... no podrá organizar ...reuniones de carácter reivindicativo”. Sin embargo, la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional afirma: “Frente a tal interpretación hemos de señalar que, como ya dijimos en la STC 67/1985, de 25 de mayo, FJ 3 c), el derecho de asociación que regula el art. 22 CE "se refiere a un género —la asociación— dentro del cual caben modalidades específicas", entre ellas las de aquellas asociaciones con especial relevancia constitucional, como son los sindicatos, los partidos políticos y las asociaciones empresariales (arts. 6 y 7 CE). Pero más allá de la común pertenencia a este género amplio 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 art. 28.1 CE. Ello supone, en primer lugar, 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, reiteradamente reconocido por este Tribunal (STC 146/1999, de 27 de julio, FJ 6)”.

Es decir, que nada tienen que ver actividades reivindicativas con acciones de naturaleza sindical o al menos no pueden quedar equiparadas automáticamente. Debería, por tanto y a nuestro juicio, acometerse la necesaria reforma legislativa para suprimir del artículo mencionado tal expresión.

El artículo 22 contempla la “Disponibilidad, horario, permisos y licencias”. A este respecto, entendemos que, si bien es perfectamente plausible tener en consideración la necesaria disponibilidad para el servicio, es urgente definir exactamente el concepto de “necesidades del servicio” pues hasta ahora su definición ha quedado a criterio del mando militar de turno.

Por otra parte, a nuestro juicio, el personal militar debería ser indemnizado económicamente por las numerosas horas extraordinarias prestadas cada año pues en la profesión militar es frecuente acumular cientos de horas trabajadas y no remuneradas (guardias, paradas militares, exhibiciones ante personal civil, etc) y ello ni es admisible desde el punto de vista jurídico laboral ni es homolo-

gable al régimen de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y mucho menos a los ejércitos de nuestro entorno europeo, donde las guardias y otros conceptos están remunerados.

Con relación al artículo 28, éste recoge el procedimiento para plantear iniciativas y quejas. Se mantiene, en general, el previsto en la legislación anterior, es decir, que el militar puede plantearlas a propósito del régimen de personal y de las condiciones de vida de la unidad, siempre siguiendo el conducto regular (el llamado conducto reglamentario: del soldado al cabo, éste al cabo primero, éste al sargento, éste al teniente y así sucesivamente). Al final, tales iniciativas y quejas llegarán al jefe de la unidad quien las remitirá, en su caso al Mando de Personal.

Ahora bien, entendemos que, de conformidad con la Recomendación 1742 de 11 de abril de 2002, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en las unidades militares debería existir la figura del militar responsable de la promoción de los derechos fundamentales, de modo que esté garantizada la confidencialidad y la ausencia de represalias pues con el sistema actual el mismo mando militar que recibe las quejas y reclamaciones de sus subordinados, a menudo, es el mismo que, anualmente, debe realizar los Informes Personales de Calificación (IPEC), cuya puntuación representa hasta el cincuenta por ciento de la puntuación total en la evaluación necesaria para obtener un curso, para ascender, para ganar un destino, etc lo que, obviamente, es contraproducente pues es imposible que el mando evaluador no se vea influenciado por dichas quejas y caiga en la tentación de utilizar un IPEC, como una sanción disciplinaria encubierta.

El artículo 29 trata de la asistencia jurídica. Desde nuestro punto de vista la perífrasis empleada por el legislador en el párrafo segundo (“...el Ministerio podrá dictar normas específicas para la asistencia jurídica de los miembros de las Fuerzas Armadas...”) debe ser sustituida por un tiempo verbal futuro e imperativo: “...el Ministerio dictará normas específicas...”. Demasiadas lagunas legales existentes como para crear más.

De todo el Capítulo II del Título II, que contempla medidas de acción social, lo menos que se puede decir es que, como es sabido, todo plan, iniciativa o proyecto encaminado a mejorar las condiciones de vida de un colectivo es completamente inútil si no va acompañado de una Memoria económica, como es el caso. No existe tal memoria. Por tanto, este capítulo debe merecer la mayor crítica pues es un brindis al sol.

El Título III trata del asociacionismo militar, como dijimos en su momento. Pues bien, respecto a la regulación que hace la ley de las asociaciones militares cabe hacer algunas consideracio-

nes. En primer lugar, nos parece que exigir con tanta vehemencia que el funcionamiento de las asociaciones militares sea democrático y plural (véase el art. 37) en una institución que se caracteriza, precisamente, por lo contrario (pues en los Ejércitos lo que se impone y lo que se debe imponer, con buen sentido, es el principio de disciplina, no el democrático), teniendo en cuenta, además, que la propia regulación hecha por la ley limita en muchos casos y desde muchos puntos de vista, derechos como el de expresión o reunión, es una sobreactuación del legislador, a la par que una profunda contradicción en los términos.

En segundo lugar, la mención que hace el artículo 42.1 a que “Están excluidos del ámbito de actuación de las asociaciones profesionales el llamamiento al ejercicio del derecho de huelga, las acciones sustitutivas de la misma, la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo, así como la realización de acciones que excedan el ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley a los miembros de las Fuerzas Armadas, especialmente los regulados en los artículos 12 y 13” debe corregirse en el mismo sentido en que deben corregirse tales artículos, como ya hemos explicado. No puede imponerse como limitación unos artículos que ya hemos dicho adolecen de una deficiente redacción tanto respecto al denominado “deber de reserva” como respecto a la contradictoria proscripción del carácter reivindicativo de las reuniones (véase el apartado correspondiente).

El Capítulo II del Título III trata del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas. En general, debemos alabar la creación de este órgano. No obstante, observamos cierta indefinición respecto a su composición: ¿Cuántos miembros componen el Consejo de Personal? Con la redacción actual, en concurso ideal, podrían ser hasta 132 asociaciones las representadas en el Consejo de Personal. (3% de suboficiales pueden constituir 33 asociaciones, 3% de oficiales pueden constituir 33 asociaciones y el 1,5% de tropa pueden constituir hasta 66 asociaciones, total 132 asociaciones.)

Por lo demás, a nuestro parecer, es correcto que los miembros del Consejo de Personal sean elegidos de forma indirecta y no directa a través de elecciones en los cuarteles pero sería deseable que se mantuviera el mismo criterio en el caso de otros Institutos armados como la Guardia Civil pues de lo contrario incurriríamos en una contradicción difícil de justificar. Nos parece acertado crear un filtro similar al que existe en el ámbito de la elección de representantes políticos en las democracias actuales. Lo contrario sería dar un salto en el vacío de consecuencias incalculables.

Haremos, por último, una observación a la creación del Observatorio de la vida militar, contemplado en el Título V: que además de las funciones enumeradas en el artículo 54.1 cumpla ade-

más la de velar por el correcto cumplimiento del código deontológico en el seno de las Fuerzas Armadas.

CUARTA PARTE: LA EVOLUCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS

12. INTROITO

A lo largo de esta tesis hemos hablado de la evolución de las Fuerzas Armadas desde el punto de vista organizativo, desde el punto de vista logístico, desde el punto de vista estratégico, legal, etc Pero hemos omitido, en general, la evolución del ánimo, de la actitud con la que los militares han ido afrontando los acontecimientos políticos ocurridos a lo largo de los últimos ochenta años.

Esta evolución ha existido. Los militares no se pueden pronunciar políticamente, pero su vida misma ha sido afectada por los vaivenes experimentados por España a lo largo de las últimas décadas y en algunos momentos de nuestra frágil democracia, tal actitud estuvo a punto de rebosar hacia fuera en el sentido de intervenir en la vida pública española.

En el siguiente epígrafe tratamos de este extremo, considerando el período franquista, con sus diferentes subetapas (post-guerra, estabilización, tecnocracia), la transición y la década de los ochenta y principios de los noventa, bajo Gobierno socialista.

13. LA EVOLUCIÓN DE LA ACTITUD DE LAS FUERZAS ARMADAS RESPECTO AL PODER POLÍTICO

Formalmente, los ejércitos han tenido siempre como misión la de defender al Estado frente al enemigo exterior. Sin embargo, realmente, los ejércitos llevaron y han llevado a cabo acciones que desbordaban los límites de tal tarea: reprimir movimientos sociales internos, intervenir en terceros países, etc. El Ejército español, en la Edad Contemporánea, ha protagonizado muchas veces, tales acciones (llamadas pronunciamientos) aprovechando la debilidad del Estado.

El alzamiento del 18 de julio fue el penúltimo pronunciamiento militar del SXX y dio paso, tras la guerra civil a la dictadura del General Franco, bajo cuyo caudillaje el Ejército asumió junto a su función formal, una función real consistente en ser el instrumento para el mantenimiento del régimen (como en todas las dictaduras, por otra parte) y como consecuencia necesaria, reprimir movimientos internos, disidencia, etc. En tal sentido se expresa el artículo 37 de la Ley Fundamental 1/1967, de 10 de enero, Orgánica del Estado: “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”.

A partir de los años sesenta, a pesar de los cambios introducidos por los tecnócratas, el Ejército siguió desempeñando un rol crucial en puestos clave del organigrama estatal, conservó el control de la Seguridad y la jurisdicción exclusiva en delitos político-sociales (la instauración del Tribunal de Orden Público en 1963 liberó parcialmente a la jurisdicción militar de algunas competencias de índole socio-política).

A finales de los años sesenta, el desarrollo económico, la entrada masiva de turistas, la Ley Fraga, las revueltas universitarias, los primeros asesinatos de ETA, el mayo francés, las primeras disidencias internas, comienzan a agrietar el régimen de Franco.

Y en 1970, el consejo de guerra celebrado en Burgos fue ya el primer episodio de divergencia grave entre el Ejército y el régimen franquista. Además, simultáneamente, comenzaron a producirse algunas críticas de militares hacia los ministros y hacia el propio Franco. En tales críticas pesaban las ya, tantas veces, mencionadas precarias condiciones socio laborales: sueldos miserables, pensiones de retiro ínfimas, sanidad militar propia de un país del Tercer Mundo, etc

A pesar de ello, la inmensa mayoría de la oficialidad continuaba alineada ideológicamente con el régimen de Franco y contemplaban estoica y pasivamente los acontecimientos (“cuarenta años de franquismo habían transformado al Ejército y funcionarizado a los oficiales”²²¹). Mientras, una minoría, criticaba la indiferencia del Gobierno. Pero todos estaban descontentos con su carrera militar, con sus expectativas profesionales, con su nivel de vida.

El asesinato de Carrero Blanco, en 1973 y la Revolución de los Claveles en Portugal fueron factores decisivos para radicalizar a los más inmovilistas (el “bunker”) y acelerar los movimientos de los que promovían reformas políticas. Entre ellos, la Unión Militar Democrática, una asociación de oficiales (clandestina, por supuesto), frustrados en sus expectativas profesionales y preocupados por el porvenir político español, que compartían el ideario preconizado por el General Díez Alegría en su libro “Ejército y Sociedad”, en 1972 y que trataban de capitalizar el descontento de otros muchos militares. A los que fueron finalmente juzgados y condenados en marzo de 1976, como dice Fernando Reinlein, con dureza, “No les alcanzó, en 30 años, ninguna amnistía real”²²².

A pesar de todo, en 1975, el Ejército, como ya señalamos en un epígrafe anterior, había iniciado su propio proceso de transición impulsado por el General Díez Alegría (que en una entrevista había apostado por “un funcionamiento sano del poder civil que evitase a la muerte de Franco una intervención militar que consideraba no deseable”²²³): preocupaba, fundamentalmente, la reestructuración de los órganos superiores de la defensa: el Ministerio y el mando operativo de los ejércitos; así como la imagen del Ejército y la instrucción de las unidades militares.

El “Informe General 1/76 del Ejército de Tierra”²²⁴, redactado por el General Gutiérrez Mellado, nombrado Jefe del Estado Mayor Central por Carlos Arias Navarro en 1976, enumeró todas esas y muchas otras deficiencias del Ejército. El objetivo era inventariarlas y de servir de “libro blanco” a partir del cual convocar reuniones en los cuarteles para dirimir tales extremos. Pero el

²²¹ CARDONA, G., *El problema militar en España*, Historia 16, 1990, pág.182

²²² REINLEIN, F., La memoria de los militares demócratas, *EL PAÍS*, Madrid, 3 de octubre de 2006, pagina de Opinión

²²³ PÁNIKER, S., *Conversaciones en Madrid*, Barcelona, Kairós, 1969, pag. 263-276

²²⁴ REDACCIÓN DE ABC, *Llamamiento a la unidad de las Fuerzas Armadas*, Madrid, ABC, 7 de octubre de 1977, pág.6

nombramiento del general Gutiérrez Mellado como vicepresidente y el correlativo nombramiento del teniente General Ramón de la Cuadra como Jefe del Estado Mayor Central acabaron con las expectativas generadas y ni se celebraron tales reuniones, ni los oficiales y suboficiales pudieron mostrar sus puntos de vista respecto a tales temas.

Sí sabemos que la inmensa mayoría de la oficialidad secundó los proyectos de reforma política tanto de Arias Navarro como de Suárez y consintió el relevo pacífico en la Jefatura del Estado. Su respaldo al Gobierno fue firme desde la muerte de Franco hasta la legalización del Partido Comunista en abril de 1977 (violación de una de las condiciones que los militares habían exigido a Suárez en 1976 para apoyarle), que dio al traste con ese clima de confianza mutua.

A partir de entonces, se desencadenó una campaña de acoso y derribo contra Suárez, en la que se difundieron todo tipo de bulos, rumores y descalificaciones y simultáneamente comenzaron a menudear los contactos entre generales en la reserva o en activo con personalidades del mundo financiero, así como a formarse facciones que plantaron cara a la reforma militar y política en proceso.

Por tanto, podemos describir como irrespirable el clima de malestar reinante en aquél momento y pudo haber estallado un enfrentamiento armado, pero el culto a la disciplina por parte de los militares, la cultura apolítica en la que se habían formado y su falta de formación ideológica hizo inviable cualquier proyecto político. Además, los militares no vivían aislados, sino codo a codo con el resto de la sociedad, lo que garantizaba su impregnación de las mismas preocupaciones, vivencias, puntos de vista, objetivos y necesidades que el resto de los españoles.

Posteriormente, el tragicómico golpe de estado del veintitrés de febrero de 1981, su cobertura televisiva, la lamentable actitud y las declaraciones de los procesados durante los juicios de Campamento (que pusieron de manifiesto conductas poco acordes con la deontología castrense) dañaron irreparablemente la imagen del Ejército y paradójicamente consiguieron lo contrario de lo que los generales golpistas deseaban. De hecho, describe Huntington en su obra *La tercera ola*, que “en 1978, el 77% del pueblo español creía que la democracia era el mejor sistema político para España. El porcentaje descendió pero se elevó al 81% y al 85% en 1983”²²⁵.

Más tarde, las ya mencionadas reformas introducidas por los Gobiernos socialistas, la entrada en la OTAN, la participación de los Ejércitos en misiones humanitarias, la propia modernización

²²⁵ HUNTINGTON, S.P., *La Tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1994, pag.235

de las estructuras castrenses, etc han llevado a los militares a recobrar una renovada confianza en sí mismos y a los civiles a volver a valorarles, hasta convertirse años más tarde, en una de las instituciones más valoradas por los españoles. Citando, de nuevo, al politólogo estadounidense, la OTAN había servido “como terapia laboral para las fuerzas armadas. Durante las décadas franquistas, habían sido condenadas al ostracismo por los países civilizados. Entonces, súbitamente, se les permitió ocupar puestos importantes junto a otros países de la OTAN, los invitaron a compartir sus manio- bras, les dieron nuevas armas para que se entrenaran. Fueron respetables”²²⁶ .

QUINTA PARTE: PERSPECTIVA COMPARADA

14. ASISTENCIA SANITARIA, SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL, RÉGIMEN DE VACACIONES Y RÉGIMEN SALARIAL EN EL EJÉRCITO ESTADOUNIDENSE

En las Fuerzas Armadas españolas existen el ISFAS, o Instituto Social de las Fuerzas Armadas, como organismo responsable de gestionar el régimen especial de seguridad social de las Fuerzas Armadas; el INVIFAS, o Instituto de la Vivienda de las Fuerzas Armadas y otros organismos que tratan de llevar a cabo una serie de medidas de acción social. Pero tal organigrama y tales prestaciones no son comparables ni remotamente con el sistema que presentamos a continuación.

En este epígrafe exponemos cuál es el régimen de atención sanitaria, de acción social, el régimen retributivo y en general qué servicios de atención y apoyo pone el Ejército estadounidense a disposición de sus militares.

²²⁶HUNTINGTON, S.P., *La Tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1994, pag.222

Aunque muchos de los detalles que damos a continuación pueden parecer peregrinos en una tesis sobre derechos fundamentales del personal militar, nos parece interesante y hasta necesario conocer quién le presta atención médica a un militar estadounidense, qué ocurre si le trasladan a otro destino, dónde y con qué medios cuenta para residir, cómo y quién atiende a las necesidades de su familia, qué facilidades se le dan para escolarizar a sus hijos, qué ocurre si cae enfermo, etc

Hemos optado por emplear los términos usados en nuestras Fuerzas Armadas para designar los conceptos que ahora expondremos para facilitar la comprensión. Por ejemplo, el término permanente “change of station” denomina un cambio de destino, no un cambio de estación. El término “non commissioned officer” no designa un oficial sin comisión sino un suboficial (un sargento, por ejemplo). El término “meal ready to eat” designa una ración de provisión, es decir, esas cajas de comida rápida y precocinada que se proveen a los militares en campaña. El término “end tour of service” no significa el final de un viaje de servicio sino el final del contrato o compromiso del militar con el Ejército.

LA INSCRIPCIÓN

En primer lugar, el requisito para acceder a las prestaciones de asistencia social del Departamento de Defensa estadounidense es la inscripción en lo que ellos llaman el Sistema de información sobre idoneidad de inscripción en programas militares (DEERS). Éste es la red computarizada mediante la cual cualquier instalación militar puede verificar la idoneidad de una persona para acceder a programas y beneficios militares, como poder obtener una tarjeta de identificación (ID) u obtener atención médica. Como decimos, aportar información relacionada con el militar y los miembros de su familia en esta red es la clave que abre las puertas a muchos beneficios.

La inscripción en el sistema DEERS no es automática. El militar, a quien también se le denomina “patrocinador,” tiene que garantizar que todos los miembros de su familia estén registrados en el programa DEERS. Esto se logra visitando el Centro de Servicios al Personal (PSC) más cercano y disponible en casi todas las instalaciones militares. Los recién incorporados a filas que ingresen al Ejército a través de un batallón de recepción (el equivalente a un centro de formación en nuestras Fuerzas Armadas), pueden verificar la inscripción de los miembros de su familia durante su propia inscripción.

Antes de que el PSC pueda registrar a una persona en el sistema DEERS, el funcionario

tiene que ver la partida de nacimiento y la tarjeta de la Seguridad Social de cada uno de los que van a ser inscritos y, en el caso del cónyuge, también la licencia de matrimonio. La legislación estadounidense, pensando en los frecuentísimos supuestos de militares ausentes en misiones, maniobras, etc permite, de manera alternativa, que los cónyuges de los militares puedan inscribirse ellos mismos, e inscribir a otros miembros de la familia si cuentan con un poder notarial. El militar puede obtener tal poder a través del servicio de asistencia jurídica del Ejército (el equivalente a nuestra Intervención).

TARJETAS DE IDENTIFICACIÓN

Los cónyuges y en general los familiares del militar necesitan, obviamente, una tarjeta de identificación especial, que ellos llaman de Identificación de los servicios uniformados de los Estados Unidos y tarjeta de privilegio. Esta tarjeta de identificación permite utilizar la mayoría de las instalaciones en los puestos del Ejército, como la tienda militar de venta al detalle (PX) y el economato. La tarjeta de identificación también permite acceder a servicios como asesoramiento jurídico o atención médica.

Para obtener una tarjeta de identificación del Gobierno, el familiar primero tiene que estar inscrito en el sistema DEERS, según mencionamos anteriormente. Luego, el militar tiene que rellenar un formulario para solicitar la tarjeta, que debe firmar igualmente un supervisor de la unidad militar en que éste haya sido destinado. Se puede obtener una tarjeta de identificación en cualquier base o puesto militar del servicio activo (Ejército, Fuerza Aérea, Armada de Marina o Infantería de Marina) y en algunas instalaciones del Componente de la Reserva y la Guardia Nacional, bases del Servicio de Guardacostas y oficinas del Servicio de Salud Pública. Ésta tarjeta de identificación, además de permitir el acceso a las actividades del Ejército, también permite usar las tiendas y los economatos regentados por la Armada de Marina, Fuerza Aérea, Infantería de Marina y el Servicio de Guardacostas en sus respectivas bases.

ATENCIÓN MÉDICA

Los militares activo y los reservistas (Reserve Component – RC) que sean llamados al servicio activo durante más de 30 días, por lo general tienen derecho a recibir atención médica gratuita del servicio y tienen que inscribirse en un programa denominado TRICARE PRIME. En la mayoría de los casos, la atención médica para el militar está disponible en el propio botiquín u hospital militar correspondiente a su destino. Aunque los militares normalmente no tienen la opción

de elegir quién le va a prestar atención médica, los miembros de su familia, entre ellos los de los reservistas activados durante más de 30 días, tienen más de una opción disponible adonde acudir para obtener su atención médica.

Si una persona tiene la condición de lo que ellos llaman “miembro idóneo” de la familia de un militar en servicio activo, está cubierto por uno de los programas de TRICARE siempre y cuando tenga una tarjeta de identificación militar válida y esté inscrito en el sistema DEERS. Si el llamado “patrocinador” (el militar) inscribe a su familia en el plan TRIPLE ATENCIÓN PRIME (una de tres opciones), le asignarán un proveedor de atención primaria (podría tratarse de un médico, enfermero o practicante) en el botiquín, clínica u hospital de la base o acuartelamiento en la que está destinado el militar. Entonces se le abre un expediente médico a todos los miembros de la familia en el hospital militar de que se trate (military treatment facility – MTF).

TRIPLE ATENCIÓN O TRI-SERVICE MEDICAL CARE

Debido a que TRIPLE ATENCIÓN es el programa de derecho a atención médica del Departamento de la Defensa (DoD), es posible que el administrador de atención primaria remita al militar, por ejemplo, a una instalación médica de la Fuerza Aérea o la Armada para realizarse ciertos exámenes o recibir tratamiento. Este sistema médico militar también utiliza médicos y hospitales civiles para parte de las prestaciones.

TRIPLE ATENCIÓN es gratuita para los militares pero puede implicar ciertos gastos no reembolsables para el resto de miembros de la familia. El coste varía dependiendo del rango y la opción específica del programa TRIPLE ATENCIÓN en la que se inscriba el miembro de la familia. Mediante el programa TRIPLE ATENCIÓN, los demás miembros de la familia también pueden acudir a compañías médicas civiles, si así lo desean.

El primer paso para usar TRIPLE ATENCIÓN es visitar el Centro de Servicio (TRICARE Service Center – TSC) en el hospital militar más cercano. El TSC puede ayudar al militar con las preguntas e inquietudes relacionadas con TRIPLE ATENCIÓN y el Sistema Médico Militar y asesorarle sobre cómo obtener su atención médica.

TRIPLE ATENCIÓN ofrece a los “beneficiarios idóneos” tres opciones principales de cobertura médica:

TRIPLE ATENCIÓN PRIME

Esta opción de asistencia es la más económica. Las personas inscritas en TRIPLE ATENCIÓN PRIME reciben la mayor parte de su atención médica en una instalación militar, en un hospital militar. A las personas inscritas en TRIPLE ATENCIÓN se les asigna un administrador de atención primaria cuya responsabilidad es proveer y coordinar el cuidado, mantener los expedientes médicos de los pacientes y remitir a los pacientes a especialistas cuando sea indicado. La atención médica especializada también tiene que ser tramitada y aprobada por el administrador de atención primaria para ser cubierto por el programa TRIPLE ATENCIÓN PRIME. Los pacientes de TRIPLE ATENCIÓN PRIME, por lo general, no tienen gastos no reembolsables por la asistencia médica de civiles. Los militares están inscritos en TRIPLE ATENCIÓN PRIME y la mayoría de las familias eligen este plan también porque, por lo general, como hemos dicho, no existen gastos no reembolsables, excepto pequeños copagos por medicamentos. Además del plan TRIPLE ATENCIÓN PRIME, los familiares del militar también tienen otras dos opciones, Extra y Standard.

TRIPLE ATENCIÓN EXTRA

Esta opción de proveedores médicos preferidos (PPO, por las siglas en inglés) permite que los beneficiarios elijan un médico, hospital u otra compañía médica dentro de la red de proveedores de TRIPLE ATENCIÓN. El programa está disponible para todos los beneficiarios “idóneos” para el plan TRIPLE ATENCIÓN que no pueden o no optan por inscribirse en TRIPLE ATENCIÓN PRIME. No hay cuota de inscripción ni cuota anual por el plan TRIPLE ATENCIÓN EXTRA; no obstante, los beneficiarios son responsables de algunos gastos anuales y de otros costes compartidos. Los costes son más bajos que con el plan TRIPLE ATENCIÓN STANDARD, pero la gama de proveedores de asistencia médico sanitaria es casi igual que bajo el plan TRIPLE ATENCIÓN STANDARD.

TRIPLE ATENCIÓN STANDARD

Ésta es una opción de pago por servicios. Puede obtener cuidado de cualquier proveedor (de cualquier compañía) autorizada por TRIPLE ATENCIÓN. El plan TRIPLE ATENCIÓN STANDARD sufraga la mayor parte de los costes de asistencia médica en hospitales y médicos civiles cuando los miembros de su familia no obtienen la atención en una MTF (en un hospital militar). La atención puede incluso recibirse de un hospital militar, pero siempre que haya camas disponibles. En algunas áreas la opción TRIPLE ATENCIÓN STANDARD puede ser la única

disponible. Esta opción brinda la mayor variedad de proveedores (de compañías y clínicas) pero, a cambio de ello, el beneficiario paga las cuotas más altas.

Independiente de la opción de inscripción seleccionada, quienes reciban tratamiento médico en hospitales militares (MTF), por lo general, no tendrán que pagar por la atención. El sistema militar de atención médica y TRIPLE ATENCIÓN, en conjunto, hacen posible que las familias militares puedan obtener la atención médica que necesitan, no necesariamente gratuitamente, sino al coste más reducido posible.

ATENCIÓN DENTAL

La disponibilidad de la atención dental variará dependiendo del destino, pero por lo general estará disponible para todos. Sin embargo, no así en el caso de sus familiares. Éstos pueden obtener seguro dental a través del Programa Dental TRIPLE ATENCIÓN, que es administrado por una empresa civil. Éste es un programa de seguro dental en el que el militar debe pagar una cuota mensual por la cobertura de familia. El Departamento de Defensa ofrece este programa, en cualquier parte del mundo, a los familiares de militares en activo, y de reservistas. Del mismo modo que ocurre con la atención médica general, los familiares del militar deben estar registrados en el sistema DEERS para poder participar en el programa dental. Además, para poder participar en el programa, el militar debe haber cumplido, al menos, 12 meses de servicio.

Por lo general, las primas mensuales son descontadas de la paga del militar, aunque existen otras opciones de pago. Dependiendo de los procedimientos dentales que se realicen, el tratamiento puede estar totalmente cubierto por el seguro, o pueden exigirse copagos. Además el programa TRIPLE ATENCIÓN sólo asumirá los gastos por cada beneficiario hasta un máximo. Una vez que el plan TRIPLE ATENCIÓN ha sufragado ese máximo para ese año por individuo, la familia tendrá que pagar todos los gastos que sobrepasen tal monto total.

PAGA BÁSICA

Todo el personal recibe la paga básica, la cual constituye la porción más grande del salario de un militar. El monto de la paga básica se calcula sumando al grupo salarial ([E1] para soldados rasos, [O1] para oficiales, etc.) el período de servicio del militar.

RENTA BÁSICA DE SUBSISTENCIA (BASIC ALLOWANCE FOR SUBSISTENCE –

BAS)

Éste es un subsidio o renta para alimentos no sujeta al pago de impuestos que los militares reciben para sufragar el coste de su manutención. Los soldados rasos que comen gratuitamente en los comedores militares no reciben esta renta, o pueden recibir una renta parcial.

AYUDA BÁSICA PARA VIVIENDA (BASIC ALLOWANCE FOR HOUSING – BAH)

Ésta es una ayuda no sujeta al pago de impuestos que el militar recibe para ayudarle a sufragar la mayoría de los gastos no reembolsables en que incurra como resultado de residir en una vivienda civil fuera de su destino militar. El monto de la ayuda varía según el grado de paga del militar (grupo salarial), la plaza (el Ejército estadounidense tiene en cuenta, por tanto, a diferencia de lo que ocurre en España si vives en una ciudad más o menos cara), y si el militar tiene cargas familiares.

AYUDA A VESTUARIO

Los soldados rasos reciben un complemento mensual para ayudarlos a mantener y, de ser necesario, reemplazar sus uniformes. Los oficiales reciben una ayuda inicial para comprar su uniforme al alistarse en el Ejército, pero no reciben una ayuda mensual. Algunos puestos exigen que los militares usen ropa de civil en lugar de uniformes, y en ese caso, pueden también recibir un ayuda para ropa de civil.

COMPLEMENTOS VARIOS

Un militar puede recibir muchos otros tipos de complementos, dependiendo de su trabajo y lugar del destino. Algunos ejemplos incluyen complemento por conocimiento de idiomas extranjeros, complemento por incentivo para aviadores, complemento de profesional médico, complemento por peligrosidad y complemento por separación de la familia.

SEGURO DE VIDA

Uno de los muchos beneficios brindados a los militares es la oportunidad de contratar un seguro de vida a primas muy bajas. La compañía Servicemembers Group Life Insurance (SGLI) es la compañía aseguradora y garantiza un capital de hasta un máximo de 400.000 dólares. El militar está cubierto hasta el capital máximo, a menos que elija por escrito obtener un capital menor (en

incrementos de 10.000 dólares). De hecho, un militar puede elegir rechazar la cobertura de SGLI del todo, pero debe hacerlo por escrito. Actualmente, las primas constituyen únicamente 7 centavos por cada 1.000 dólares de cobertura. Las primas se descuentan automáticamente del sueldo mensual del militar. Los militares con cargas familiares casi siempre eligen el monto máximo en cobertura. Los cónyuges e hijos son “idóneos” para la cobertura de familia de SGLI. Dicha cobertura para un cónyuge es automáticamente 100.000 dólares, a menos que se elija un capital inferior en incrementos de 10.000 dólares. La prima depende del capital seleccionado, así como de la edad del cónyuge. Cada hijo recibe 10.000 dólares en cobertura gratuita.

NÓMINA

Con respecto a la nómina del militar estadounidense, que ellos llaman comprobante de ingresos y licencia (Leave and Earnings Statement – LES), tan sólo reseñamos aquí que puede consultarla on line o recibirla por correo, que muestra los diferentes conceptos que la componen (paga básica, subsidio por alimentos, vivienda, etc), que muestra las deducciones y retenciones y por último el tiempo que va acumulando el militar en concepto de vacaciones.

VACACIONES (LICENCIA)

Cada militar, desde el recluta novato hasta el general de mayor rango, acumula el mismo tiempo de vacaciones, que el Ejército estadounidense denomina “licencia”. Por lo general, un militar que esté prestando servicio activo acumula dos días y medio de licencia al mes; es decir, 30 días al año (en España son 22 días naturales por año trabajado, pero a partir del sexto trienio, como es sabido, aumentan en dos días más). Los días de licencia acumulados por el militar se denominan “saldo de licencia” y se muestran en el comprobante mensual de ingresos y licencia (la nómina). En el Ejército estadounidense, al igual que aquí, las bajas médicas están también remuneradas. Además, de vez en cuando, la unidad militar puede declarar lo que se denomina “día libre por entrenamiento” (training holiday). Éste es el equivalente a los días de libranza que conocemos aquí para recompensar algún trabajo adicional, tal vez por haber asistido a unas maniobras. Esos días no se consideran días de licencia (no se consideran de vacaciones).

MUDANZAS MILITARES

Los traslados son parte de la vida en el Ejército estadounidense, como en cualquier otro ejército. Pues bien, el militar estadounidense y su familia tienen muchos derechos cuando llega la hora de mudarse. Un derecho es una ayuda que la ley permite, como un subsidio básico para la vivienda, empaque, transporte y almacenamiento de las pertenencias del hogar, así como costes de transporte.

INSTRUCCIONES U ÓRDENES DE TRASLADO

Las instrucciones de traslado son órdenes por escrito emitidas por el Ejército (quizás, equivalen a la publicación en Boletín del nuevo destino). Las órdenes de traslado son los documentos más importantes para llevar a cabo la mudanza pues indican cuándo y a dónde tiene que trasladarse el militar, si la familia puede acompañarlo y otra información. Se denominan órdenes de cambio permanente de estación (Permanent Change of Station – PCS) y ordenan formalmente al militar a trasladarse de un destino a otro. Esas órdenes indicarán lo que el militar y su familia pueden hacer costado por el Gobierno, y cuáles serán sus derechos. Las órdenes otorgan una variedad de subsidios financieros, ayudas de traslado y opciones de mudanza y almacenamiento de sus pertenencias. En algunos destinos, especialmente en el extranjero, las órdenes pueden restringir la cantidad total de pertenencias del hogar que pueden transportarse. Si el cambio de destino es a un lugar cercano puede que no se permita acogerse a una de estas ayudas.

VIAJE

Normalmente, cuando un militar estadounidense tiene que trasladarse a un nuevo destino recibe unos billetes para el viaje, a menos que se trate de un traslado hacia un lugar ubicado dentro de lo que ellos denominan estados continentales (CONUS), es decir, que no se trate de Hawai, Puerto Rico o Alaska. Al trasladarse dentro de la zona CONUS, la mayoría de las familias eligen viajar al nuevo destino en sus propios automóviles. En ese caso, reciben un subsidio de viaje para ayudarles a sufragar sus gastos (el equivalente a lo que en el Ejército español se denomina “pasaporte”). Puede que reciban, además, ayudas por kilómetros recorridos (millas, en su caso), una ayuda diaria para alimentos y alojamiento mientras viaja, y algo de dinero para alojamiento temporal en la nueva plaza.

ALOJAMIENTO TEMPORAL

Tratamos aquí del equivalente lejano a lo que en las Fuerzas Armadas españolas se

denomina residencia de transeúntes o residencias militares, sin más. Pero con una gran diferencia en calidad, prestaciones, servicio, comodidad etc. Estamos ante instalaciones que pueden compararse con hoteles de servicio limitado. Más de 80 instalaciones militares tienen residencias de alojamiento temporal dentro de la base para responder a las necesidades de los militares recién llegados y sus familias durante mudanzas de cambio permanente de estación (PCS) y viajes oficiales del Gobierno (destinos temporales [temporary duty - TDY]).

El militar tiene que abonar una tarifa por la estadía en una de esas instalaciones, pero sensiblemente inferior a la que pagaría por un hotel o motel fuera de la base o acuartelamiento. En el caso de no haber plazas disponibles, el militar puede optar por pernoctar en un hotel y el Estado, posteriormente, le reembolsaría el coste de la factura.

VIVIENDA

La mayoría de las instalaciones militares cuenta con casas para familias (denominadas “cuarteles” o “viviendas”) dentro del mismo destino. El Ejército estadounidense cuenta con reglas que determinan el tamaño de la vivienda según factores como rango, sexo y cantidad de hijos que tenga. El tipo, estilo y cantidad de casas en el puesto, así como su disponibilidad (cantidad de casas vacías, de haberlas) varía según el destino de que se trate.

Dependiendo de quién administre la vivienda (el Gobierno o un contratista privado), el militar recibirá o no la ayuda básica para la vivienda (BAH, por sus siglas en inglés). Si el Gobierno administra las viviendas familiares, probablemente, el militar no recibirá el BAH, pero tampoco tendrá que pagar el alquiler. Si una empresa privada administra las viviendas familiares, el militar recibirá el BAH, pero éste será cedido y utilizado para pagar el alquiler. En la mayoría de las instalaciones, las viviendas familiares, a incluir el mantenimiento, son administradas por contratistas privados.

SERVICIO ARMY ONE SOURCE

El Ejército estadounidense se compromete a garantizar que todos los militares y sus familias reciben el mismo trato y apoyo, independientemente de dónde vivan o de si el militar está en activo, en la Guardia Nacional o en la Reserva. Para lograrlo, el Ejército estadounidense dispone de un servicio llamado UN SOLO ORIGEN o Army One Source (AOS, por sus siglas en inglés) garantiza que las familias militares tengan acceso a servicios de calidad cerca de donde residen, al poner a su

disposición los mejores recursos de todas las unidades de la base militar en que se encuentre. Eso significa que no importan si los servicios que necesita son proporcionados en una instalación del Ejército, una instalación de la Reserva o en un Centro de Asistencia a Familias de la Guardia Nacional.

SERVICIO COMUNITARIO DEL EJÉRCITO

El Servicio Comunitario del Ejército (Army Community Service – ACS) es un centro de apoyo a los militares y sus familias. Provee a las familias del Ejército información, asesoramiento, ayuda o solución de problemas personales o de familia que estén fuera del control de la familia.

GRUPOS DE PREPARACIÓN DE FAMILIAS

Un grupo de preparación de familias (Family Readiness Group – FRG) es una organización integrada por miembros de familias, voluntarios, militares y empleados civiles que se apoyan y ayudan mutuamente, y constituyen una red de información entre sus integrantes, la unidad y los servicios de la comunidad.

Para los cónyuges y familiares del militar, estar activos en el FRG les ayuda a adquirir un sentido de pertenencia a la unidad y a la comunidad del Ejército, a la par que a apoyarse moralmente en el caso de despliegues en el extranjero.

PROGRAMA DE REPRESENTACIÓN DE FAMILIAS

El Programa de Representación de Familias (Family Advocacy Program – FAP) se dedica a prevenir, informar, intervenir y brindar tratamiento oportuno en casos de violencia doméstica y sobre menores. Los programas y servicios del FAP asisten a los jefes de unidad, subordinados y sus familias. Los programas incluyen intervención en casos de crisis, capacitación educativa para prevenir la violencia doméstica y sobre menores, talleres de trabajo, información para padres y ayuda con remisión a profesionales, así como clases para distintos grupos para enseñar a educar. El programa incluye acceso a facilitadores o monitores, quienes brindan apoyo, información, remisiones a programas para las víctimas de violencia en la familia y ataques sexuales.

SERVICIOS DE INFORMACIÓN Y REMISIÓN

El personal de esta parte del Army Community Service (ACS) provee asistencia sobre casi todo tipo de tema. Guarda una notable similitud con la OFAP, Oficina de atención al personal, existente en nuestras Fuerzas Armadas, a la que mencionamos también en el epígrafe siguiente.

PROGRAMA DE PREPARACIÓN PARA EL TRASLADO

El Programa de Preparación para el Traslado (Relocation Readiness Program – RRP) presta una serie de servicios de apoyo a los militares y sus familias a medida que se trasladan. El RRP ofrece asesoramiento de traslado, sesiones de información antes y después de la mudanza, orientaciones para recién llegados (que a menudo incluyen recorridos de la nueva instalación) así como orientaciones en destinos en el extranjero. Parte importante del programa RRP es obtener acceso a un sistema automatizado denominado Military Homefront, disponible en Internet y que provee información sobre el traslado a las principales bases norteamericanas repartidas por el mundo.

Como hemos dicho, existe en nuestras bases militares un servicio, llamado OFAP (Oficina de Atención al Personal) que presta algunos de estos servicios, como acompañar al personal en un recorrido a lo largo de la nueva base o prestar información sobre las diferentes actividades que el personal tiene a su disposición en la base o incluso fuera de ella, o salas de ordenadores para consultar información relacionada con ayudas, etc pero, una vez más, la comparación resulta tan odiosa que no profundizaremos en ella pues salimos muy mal parados.

FAMILIARES CON NECESIDADES ESPECIALES

El Programa de Miembros Excepcionales de la Familia (Exceptional Family Member Program – EFMP) es el programa del Ejército estadounidense que ayuda a las familias que tienen miembros con necesidades especiales. Puede tratarse de una afección física, emocional, de desarrollo o de otra índole que requiera tratamiento, terapia, educación u otro tipo de apoyo especial. Todos los miembros de la familia inscritos en el DEERS deben ser evaluados e inscritos si existe una necesidad especial. Esa evaluación consiste en una revisión de los expedientes médicos de todos los miembros de la familia y de una evaluación de desarrollo de todos los hijos menores.

Una vez que se identifica una afección bajo el EFMP, la inscripción en el programa es obligatoria. La documentación de la necesidad educativa, médica o de otra índole, ayuda al Ejército y a la familia a garantizar que los recursos que necesita ese familiar estén disponibles en la

localidad y, lo más importante, que las órdenes de traslado del militar tengan en cuenta los recursos disponibles en el próximo destino.

No obstante, pese a la importancia de las necesidades del EFMP, no son éstas las que determinan, exclusivamente, que un militar sea o no trasladado; son las necesidades del servicio las que llevan a que se produzca un traslado. Sin embargo, el Ejército estadounidense apoya completamente la búsqueda de recursos y apoyo para la familia, incluso si las órdenes determinan permanecer en un destino con pocos recursos.

PLAN DE ACCIÓN PARA FAMILIAS DEL EJÉRCITO

El Ejército estadounidense trata de reconocer la importancia de escuchar las opiniones de los militares y sus familias sobre lo que ellos creen que es importante y lo que piensan que puede mejorarse sobre en el Ejército. El Plan de Acción para Familias del Ejército (AFAP) ofrece a los jefes de unidad información inmediata sobre las inquietudes de los militares y sus familias. Realizado normalmente una vez al año, el AFAP reúne a militares, familiares, jubilados y empleados civiles para plantear asuntos de importancia para sus vidas. Los asuntos incluyen temas como atención médica, viviendas familiares, escuelas, sueldo, complementos y muchos otros. El jefe de unidad decidirá sobre los asuntos que pueda cambiar.

El proceso del AFAP no siempre se limita a su comunidad local. Las inquietudes que tengan un impacto mayor se transmiten a un nivel superior donde se repite el mismo proceso y, con el tiempo, pueden llegar hasta el Departamento del Ejército o de Defensa y dar lugar a la modificación de políticas y hasta leyes. Algunos ejemplos de inquietudes que resultaron en cambios son la creación de grupos de apoyo a la preparación de familias, ayuda con empleos para los cónyuges, subsidios educativos y muchas mejoras al cuidado de hijos.

CREACIÓN DE EQUIPOS EN LA FAMILIA DEL EJÉRCITO

Se trata de un programa educativo para ayudar a los familiares del militar a entender la jerga y las abreviaturas militares, distintivos y la orgánica de las unidades.

PROGRAMA DE VOLUNTARIOS EN LA INSTALACIÓN

El Coordinador del Cuerpo de Voluntarios del Ejército (Army Volunteer Corps Coordinator

– AVCC) ofrece la posibilidad de participar como voluntario en programas para niños, para familias, prestando servicio en hospitales, iglesias y programas recreativos.

PREPARACIÓN FINANCIERA

El Programa de Preparación Financiera del ACS (recordamos que el ACS es el Army Community Service) ofrece clases y asesoramiento sobre cómo invertir, crédito, planificación financiera, seguro y consumo para ayudar a los militares y sus familias a volverse autosuficientes, reducir su endeudamiento y la necesidad de solicitar del Ejército lo que ellos llaman ayudas financieras de emergencia (de ello tratamos en el epígrafe siguiente). Los militares recién incorporados están obligados a asistir a una clase de preparación financiera, y se alienta a sus cónyuges a que lo hagan también para que ambos entiendan los asuntos financieros de la misma manera.

Además, el Ejército estadounidense ha suscrito un convenio con una entidad, llamada “Better Business Bureau” para ayudar a los militares y sus familias a convertirse en consumidores inteligentes y solucionar las quejas en materia de consumo.

AYUDA DE EMERGENCIA DEL EJÉRCITO

El Programa de Ayuda de Emergencia del Ejército (Army Emergency Relief – AER) presta asistencia financiera de emergencia a los militares en activo y a sus familias. Por lo general, la ayuda financiera se presta para alimentos y viajes, pero también puede estar disponible para reparar el coche, pagar seguros, el alquiler, servicios públicos, funerales y gastos médicos y dentales. También es posible prestar ayuda para pagar gastos educativos y becas a los cónyuges y a los hijos. La asistencia del AER no es a fondo perdido. Por lo general, se trata de un préstamo que hay que pagar.

PROGRAMA DE PREPARACIÓN PARA EL EMPLEO

El Programa de Preparación para el Empleo (Employment Readiness Program – ERP) facilita información y proporciona referencias en materia de empleo, educación, capacitación y oportunidades de transición para que los miembros de las familias adquieran la ventaja competitiva

que necesitan para obtener un empleo. Los servicios incluyen asesoramiento sobre carrera profesional y empleo, una bolsa de trabajo (con ofertas de empleo dentro y fuera de la instalación militar), así como ayuda en la preparación de “curriculum vitae” y solicitudes de empleo, así como ofimática.

MOVILIZACIÓN Y DESPLIEGUE MILITAR

La movilización se refiere a los reservistas (Reserve Component – RC) que son llamados a filas para apoyar al Ejército. El despliegue se refiere al traslado de una unidad fuera de su base. La Operación READY (en la que “READY” representa las siglas en inglés de Recursos para la Educación Sobre el Despliegue y Tú) apoya a las familias de esos militares al darles un entrenamiento sobre cómo implementar, desarrollar y reactivar a los grupos de preparación de familias (Family Readiness Groups – FRG) y también aborda otros temas relacionados con la movilización y el despliegue militar como la reunificación y la reintegración, los hijos y el despliegue y una “Guía para sobrevivir un despliegue” (Deployment Survival Guide) para militares y sus familias.

Es durante los preparativos para el despliegue, durante el despliegue en sí y al regreso que los FRG muestran todo su valor. La cadena de mando garantiza que la mejor información sobre lo que están haciendo los militares esté disponible para el FRG, que tiene su propia red para comunicarse con las personas. Los FRG ayudan a todas las familias a mantenerse al tanto de lo que sucede y, además de información, el grupo elige objetivos y actividades centradas en apoyar a los militares y las familias.

MILITARY ONE SOURCE

Military OneSource ofrece un sistema de apoyo para las familias. Dispone de un número telefónico gratuito las 24 horas del día, los siete días de la semana, y un servicio basado en una Web para los militares en servicio activo, la Guardia Nacional, y la Reserva (independientemente de su grado de activación), y los miembros de su familia.

Military OneSource facilita información sobre la crianza y el cuidado de hijos, educación, traslados, asuntos financieros y jurídicos, problemas emocionales, bienestar, duelo y pérdida, adicción y asuntos relacionados con el despliegue y la reunificación.

SERVICIOS PARA NIÑOS, JÓVENES Y ESCUELAS (CHILD, YOUTH AND SCHOOL SERVICES – CYSS)

Los Servicios para Niños, Jóvenes y Escuelas (Child, Youth and School Services – CYSS) proveen programas infantiles y juveniles integrales para promover la interacción social, fomentar el crecimiento personal y desarrollar habilidades educativas y lúdicas en los niños desde bebés hasta los doce años.

El cuidado infantil ofrece diferentes opciones de atención. En la mayoría de los destinos hay tres tipos de atención infantil: un centro de desarrollo infantil (Child Development Center (CDC)), hogares de cuidado infantil (Family Child Care Homes (FCC)) y programas de servicios para la juventud (Youth Services -YS). Los CDC prestan cuidados a tiempo completo, tiempo parcial y por horas a niños desde las seis semanas hasta los cinco años de edad. Los proveedores de FCC ofrecen cuidar a niños en sus hogares. Hay actividades disponibles para niños en primaria y secundaria, así como para adolescentes, mediante los programas de YS.

El Ejército estadounidense requiere que todos los programas de CYSS cumplan con normas exigentes y se sometan a inspecciones anuales. En cada destino hay una oficina de CYSS para poder inscribir a los hijos. Normalmente hay que pagar unas cuotas en cada uno de estos programas que, por lo general, se basan en los ingresos de la familia.

ESCUELAS

Algunos destinos del Ejército estadounidense regentan sus propias escuelas, especialmente en el extranjero, pero la mayoría de los hijos de militares asistirán a las escuelas de su localidad. Cada base militar tiene un oficial de relaciones escolares que se encarga de ayudar a las familias con cualquier inquietud y asistirles en la transición de su hijo a una escuela nueva, esté ésta dentro o fuera de la base militar. En concreto: facilita información relacionada con las escuelas tanto públicas como privadas de la zona (las fechas de comienzo y fin del curso, el sistema de calificaciones, los requisitos para entrar en preescolar o en primaria, etc), asesora sobre escuelas disponibles comunica a los padres directamente con las escuelas públicas o privadas en las que estén interesados, ayuda si existe alguna dificultad relacionada con el traspaso de expedientes escolares, etc

CAPILLAS

Cada destino militar tiene por lo menos una capilla. Por lo general, la capilla ofrece servicios religiosos protestantes, católicos y de otros tipos, como escuela dominical, estudios bíblicos y clases de religión para las familias. En las bases militares más grandes, puede haber varias capillas, algunas de ellas consagradas a una comunión específica (baptistas, adventistas, etc). Además, los militares y sus familias son libres de asistir a una iglesia fuera de la base.

En la base, los capellanes patrocinan y dirigen el Centro de Vida Familiar (Family Life Center), que ofrece programas sobre el matrimonio y asesoramiento de familia, enriquecimiento de la vida familiar, programas educativos, sistemas de apoyo comunitario, diversión y compañerismo.

ASESOR JURÍDICO

El Asesor Jurídico (Staff Judge Advocate – SJA) es el equipo jurídico y de abogacía del Ejército estadounidense (el equivalente a nuestros oficiales del Cuerpo Jurídico Militar). La mayoría de los destinos tienen una oficina de SJA que presta asistencia jurídica gratuita a los militares y sus familias en relación con asuntos legales personales. Puede prestarse ayuda en materias tales como poderes notariales, familia (matrimonio, divorcio, adopciones y cambios de nombre), preparación de testamentos (testamentos y fideicomisos), protección del consumidor, arrendamientos, impuestos y asuntos relacionados con la inmigración. Además, la mayoría de las oficinas del SJA tendrán una oficina de reclamaciones en las que los militares y sus familiares pueden solicitar el reembolso por la pérdida o daños a artículos del hogar ocurridas durante una mudanza militar.

CENTRO DE EDUCACIÓN

El Ejército estadounidense ha establecido varios programas para ayudar a los militares, y en algunas bases a sus familiares, a continuar su educación. El Centro de Educación (Education Center) presta servicios de asesoramiento, pruebas, así como el Centro de Aprendizaje del Ejército (Army Learning Center) y programas educativos. Allí, el militar, puede obtener asesoramiento sobre cómo completar la educación secundaria u obtener un título universitario de dos o cuatro años, o bien una maestría en universidades y colegios universitarios acreditados.

Muchas universidades ofrecen sus cursos en la misma base y a precios muy favorables en comparación con lo que pagaría en la vida civil. Los militares también pueden obtener información sobre los programas de lo que llamamos en España formación profesional.

El programa de inglés como segundo idioma está disponible para los militares y familiares que no tienen el inglés como lengua materna y desean mejorar sus destrezas en el idioma. Los materiales del curso se centran en el idioma, la gramática y la lectura.

15. EL EJÉRCITO BRITÁNICO

Exponemos aquí una breve aproximación al estatuto jurídico del Ejército británico²²⁷, país con el que no guardamos ningún tipo de parecido, pero que nos parece ejemplar, junto con el Ejército israelí y el estadounidense desde muchos puntos de vista: logístico, jurídico, estructural, presupuestario, etc, razón por la cuál lo traemos aquí a colación.

En el caso del Ejército británico, rigen, fundamentalmente, tres textos: las Queen's regulations, la Army Act de 1955 y la Convención Europea de Derechos Humanos, que fue constitucionalizada en el año 1998 por Reino Unido por medio de la Human Rights Act, bajo el Gobierno laborista de Tony Blair. Pero, como es sabido, son muchas más las enmiendas, leyes estatutarias y convenciones que regulan la institución militar en Reino Unido, además de los dos documentos mencionados: Emergency Powers Acts, de 1920 y 1964; The Court Martial Rules; The Armed Forces, Army, Air Force and Naval Discipline Acts Order; The Army Terms of Service Regulations, etc

En primer lugar, la Army Act, sucesora de la Mutiny Act, es una ley que regula aspectos disciplinarios, de régimen interno e incluso aspectos penales, que en nuestro derecho estarían recogidos exclusivamente en el Código Penal Militar. Fue aprobada en 1955 y desde entonces, debe ser confirmada cada cinco años en el Parlamento. Además es objeto de un debate anual en la Cámara de los Comunes²²⁸.

Las Queen's regulations, promulgadas originariamente en 1731 con la denominación de Regulations and Instructions Relating to His Majesty's Service at Sea, constituyen una guía de conducta tanto en la Royal Navy, como en las Royal Air Forces y en el British Army en materia de personal, disciplina, etc. Aunque originalmente constituían un solo código, en el Siglo XIX se separaron en dos, una para el Ejército y otra para la Armada y pasaron a denominarse Queen's (o

²²⁷ Debemos decir que el término Ejército británico no es el más correcto pues con tal término nos estaríamos refiriendo sólo al Ejército de Tierra y no al conjunto de las Fuerzas Armadas británicas, compuestas por British Army, Royal Navy y Royal Air Forces, pero lo emplearemos por una pura razón de economía lingüística.

²²⁸ CHANDLER, D., BECKETT, I., *The Oxford Illustrated History of the British Army*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pág. 442

King's dependiendo del sexo del monarca, obviamente) Regulations and Admiralty Instructions. Hoy día, como es lógico, existe también una edición separada también para la Royal Air Forces. La última modificación que experimentaron fue en el año 1975.

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tantas veces mencionado, fue elaborado en el seno del Consejo de Europa, organización internacional que trata de lograr “una unión más estrecha entre sus miembros”²²⁹, trata de desarrollar toda la potencialidad de la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Consta de 59 artículos, distribuidos en tres Títulos. El Primero contiene una serie de derechos, como el derecho a la vida, a la intimidad familiar y personal, a la libertad, etc; el Segundo está dedicado a regular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tercero contiene una serie de disposiciones diversas. Además, el Convenio ha sido completado e integrado con una serie de Protocolos adicionales.

Hemos tratado de él en sede de Jurisprudencia y en sede de Igualdad; no obstante, citaremos ahora dos de los artículos más aplicados e invocados desde su entrada en vigor: el artículo 10, sobre libertad de expresión y el 11, sobre derecho de asociación. El artículo 10 dice: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar información o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.” Por su parte, el artículo 11 dice: “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”.

Otros artículos de interés son el 2, derecho a la vida, el 3, prohibición de la tortura, el 4, prohibición de la esclavitud, el 7, principio de legalidad penal, el 13, que contiene el derecho a un recurso efectivo, y el 14, que enuncia la prohibición general de discriminación.

Además, el artículo 15, como ya mencionamos en sede de jurisprudencia, permite que en caso de guerra u otro peligro público, cualquier Alta Parte Contratante podrá derogar las obligaciones previstas en el Convenio, en la medida en que lo exija la situación.

15.1 EL RÉGIMEN POLÍTICO BRITÁNICO

Del régimen político británico se ha dicho que es consecuencia de un largo proceso histórico

²²⁹ CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, Preámbulo, Roma, 1950, pág. 1

de decantación y que se caracteriza por su gran pragmatismo, de tal modo que viejas instituciones perviven hoy intactas pero adaptadas a situaciones sociales y económicas muy diferentes de las que las vieron nacer allá por el siglo XII.

Como señala el profesor Núñez Rivero, “un proceso similar al británico es difícil de observar en otros Estados²³⁰”, pues en ellos el Estado de Derecho ha sido el fruto de un proceso en el que el primer estadio fue la formación del Estado Moderno, después la Monarquía Absoluta, posteriormente el surgimiento de las clases sociales y finalmente, la victoria de la clase burguesa frente a la sociedad estamental y el alumbramiento de los textos constitucionales de los siglos XIX y XX.

Por el contrario, en el Reino Unido, el imperio de la ley, la seguridad jurídica y el reconocimiento de derechos y libertades fue el corolario de un recorrido iniciado en el bajo feudalismo y mucho antes del nacimiento de la burguesía como clase. De este tenor, debemos considerar la Carta Magna de 1215, aprobada por el Rey Juan “Sin Tierra” y la convocatoria del Parlamento Modelo en 1264, por Simón de Monfort como hitos que señalan el inicio del constitucionalismo y del parlamentarismo británicos.

Lo que distingue el proceso británico del experimentado en otros países europeos, como Francia o Castilla, es, como señala el profesor Núñez Rivero, que este no fue “interrumpido sino completado con otros textos posteriores como la “Petition of Rights” de 1638, el “Habeas Corpus Amendment Act” de 1679, la “Bill of Rights” de 1689, el “Act of Settlement” de 1701 y las “Parliament Acts”.

A. La Constitución

La Constitución británica es una Constitución no codificada. Se asienta en numerosos y muy diferentes textos con rango de fundamentales e incorpora hoy usos, prácticas y decisiones judiciales que la convierten en una “Constitución flexible”²³¹ pues no aparece clara, muchas veces, la diferencia entre ley ordinaria y constitucional.

Podemos hablar de cinco grandes fuentes:

El “Statute Law”, esto es, leyes elaboradas por el parlamento que sólo alcanzan la

²³⁰ NÚÑEZ RIVERO, C., *Derecho constitucional comparado y derecho político iberoamericano*, Madrid, Universitas, 2002, pág. 79

²³¹ NÚÑEZ RIVERO, C., *Derecho constitucional comparado y derecho político iberoamericano*, Madrid, Universitas, 2002, pág. 81

consideración de constitucionales por razón de la materia: la Carta Magna de 1215, la “Petition of Rights” de 1628, la “Habeas Corpus Amendment Act” de 1679, la “Bill of Rights” de 1689, “Act of Settlement” de 1701, la “Reform Act” de 1832, el Estatuto de Westminster de 1931 y “Parliament Acts” de 1911 y 1949. Finalmente, como hemos reseñado anteriormente, la Human Rights Act de 1998, por medio de la cual se produce la incorporación al derecho británico del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y la House of Lords Act, de 1999 que pretende democratizar la Cámara de los Lores.

La “Common Law” o Derecho Judicial, es decir, sentencias de los tribunales que dirimen conflictos entre particulares con base en las costumbres y usos de la sociedad y que ha dado lugar al sistema de precedentes, de obligado cumplimiento.

Las Obras de Autoridad o “Works of Authority”, esto es, la doctrina reconocida como una fuente guía para la interpretación del derecho.

Las Convenciones constitucionales, es decir, “conjunto de acuerdos de carácter práctico establecidos en el funcionamiento de ciertas instituciones”²³², como la Corona, el Gobierno o el Parlamento.

Y finalmente, los Tratados internacionales.

La Constitución británica, en materia de Defensa, tan sólo regula qué órganos estatales tienen el poder de dirigir las Fuerzas Armadas, qué órganos pueden declarar la guerra y ciertas competencias del parlamento en relación a las Fuerzas Armadas.

B. La Corona

La Corona, en términos generales, es el vínculo entre los tres poderes del Estado. De ahí que hablemos de Rey en Consejo, Rey en Parlamento y Rey en su tribunal.

Pero en sentido estricto, es un órgano del Estado. Y es un órgano que detenta numerosas prerrogativas regias, inusuales en otras monarquías europeas pero que, más propiamente, deberíamos denominar en la actualidad “actos debidos”, debido al desarrollo del Parlamento, al

²³²NÚÑEZ RIVERO, C., *Derecho constitucional comparado y derecho político iberoamericano*, Madrid, Universitas, 2002, pág.83

fortalecimiento del Gabinete y a la institución del refrendo.

Por lo que a nosotros nos interesa, el Rey es comandante en jefe de las Fuerzas Armadas y nombra a los cargos de las mismas. Además, declara la guerra y hace la paz.

C. El Gobierno

En el poder ejecutivo del Reino Unido cabe hablar de Consejo Privado, Gabinete, el Gobierno y el Primer Ministro.

El Consejo Privado data del siglo XVI y es el embrión del Gabinete. Está compuesto por cientos de personas (entre ellas, los miembros del Gabinete), nombradas por el Rey y es un órgano eminentemente consultivo, regulado por convenciones. Es presidido por el monarca o en su ausencia, por el Lord Presidente.

El Gobierno, es un órgano también muy numeroso compuesto por los ministros y también por Secretarios de Estado, etc. No se reúne ni es deliberante. Es coordinado por los ministros que integran el Gabinete.

El Gabinete es el núcleo duro del poder ejecutivo. Su composición y número depende de la voluntad del Primer ministro, quien los propone al Rey para su nombramiento. Sus componentes deben ser miembros de una de las Cámaras, necesariamente y son responsables ante ellas.

La legitimidad del Gabinete para dirigir las Fuerzas Armadas está bien establecida y no cabe lugar a ninguna duda constitucional. El Gabinete detenta, a todos los efectos, el poder de dirigir la política militar, diseñar las líneas fundamentales de la política de defensa, acordar la participación de las Fuerzas Armadas en operaciones militares en el extranjero, proponer el nombramiento de los altos mandos militares, etc

El Army Board of the Defence Council es el órgano técnicamente responsable, en el seno del Ministerio de Defensa, de dirigir la política de personal en las Fuerzas Armadas y está compuesto por altos funcionarios, políticos y oficiales de alto rango.

D. EL Parlamento

El Poder legislativo en el Reino Unido estaría formado por el Rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes (debido a la denominación de “Rey en Parlamento”). No obstante, en virtud de las “Parliament Acts” de 1911 y 1949 y de la “House of Lords Act”, las atribuciones de la Cámara de los Lores han quedado muy disminuidas en beneficio de la Cámara de los Comunes, como auténtica cámara de representación popular.

La Cámara de los Comunes (“House of Commons”) es la Cámara baja. Es elegida por sufragio universal, libre, directo y secreto y se compone de 659 miembros.

La Cámara de los Comunes está presidida por el Speaker, elegido por los propios diputados; puede funcionar en pleno o en comisiones (como la creada con motivo de la Guerra de Kosovo²³³) y ejerce funciones de carácter legislativo, de control al Gobierno y de carácter financiero.

Además, en su funcionamiento se refleja, claramente, el bipartidismo propio del régimen político británico, de tal modo que los representantes del partido en el Gobierno se organizan bajo la dirección del Gabinete y en concreto del Primer Ministro, mientras que los diputados de la oposición lo hacen bajo la autoridad del “Líder de la Oposición” y del “Shadow Cabinet” o Gabinete en la sombra.

Por lo que a nosotros nos interesa, por tanto, es quien aprueba el Presupuesto elaborado por el Gobierno, en el cuál están incluidas las partidas destinadas a Defensa y ante tal cámara debe responder el Ministro del ramo.

La Cámara de los Lores (“House of Lords”), es la Cámara alta. Históricamente ha estado compuesta por: a) Pares espirituales (hasta veintiséis) y b) Pares temporales (lores hereditarios del Reino Unido, lores hereditarios de Escocia, lores vitalicios y lores judiciales).

Pero la House of Lords Act, aprobada a instancias de Tony Blair, ha supuesto instaurar una composición de carácter fijo y por tanto, eliminar los derechos de casi setecientos cincuenta nobles ingleses, galeses y escoceses a pertenecer al Parlamento y a tener derecho de voto por herencia.

El Lord Canciller, miembro del Gabinete y propuesto por el Primer Ministro, preside la Cámara.

²³³ UK PARLIAMENT, Fourth Report of the Foreign Affairs Committee, Session 1999-2000, *The Lessons of Kosovo*; Defence Committee, 2000

Sus funciones han quedado, como dijimos antes, reducidas en virtud de las Parliament Act de 1911 y 1949, destacando sobre todas las demás las judiciales, pues la Cámara de los Lores es “el último Tribunal de Apelación del Estado en materia civil y criminal”²³⁴.

15.2 VALORES DEL EJÉRCITO BRITÁNICO

En el Ejército británico existen una serie de valores. Todos ellos conforman el código ético por el que se rigen los militares en Reino Unido. Algunos de ellos son: a) Respeto por los demás: tratar a los demás con decencia y respeto en todo momento b) Compromiso desinteresado: siempre anteponer al equipo y la misión a nuestras propias necesidades, confiando mutua y totalmente c) Coraje: enfrentar el peligro y hacer lo correcto. Esto implica coraje moral y físico d) Disciplina: todo equipo necesita disciplina para garantizar que las órdenes se cumplan y que cada uno puede confiar plenamente en sus compañeros e) Integridad: ser honesto y veraz para ganar el respeto de los camaradas f) Lealtad: permanecer fielmente junto a tus compañeros y con atención a tu deber²³⁵.

15.3 ESTRUCTURA, COMPOSICIÓN Y COMETIDOS

Las unidades del Ejército británico se organizan básicamente en tres tipos de unidades: Unidades de combate, punta de lanza del mismo, tales como Unidades de Infantería, Acorazadas y Unidades de Helicópteros de Combate; Unidades de Apoyo al Combate, que apoyan, como su propio nombre indica, la maniobra de las unidades de combate, tales como Unidades de Artillería, Ingenieros, Inteligencia y Transmisiones; y Unidades de Servicios, tales como Unidades Médicas, Logísticas o de Especialistas.

El Ejército británico se compone actualmente de unos cien mil efectivos (Regular Army), a lo que hay que sumar cuarenta mil reservistas (Territorial Army).

A su vez, pueden desempeñar básicamente dos tipos de cometidos: “standing task” o misiones regulares, tales como estar a cargo de guarniciones en las Islas Falkland, desfiles, ceremonias, etc y “contingent operations” o misiones en respuesta a una crisis internacional. Una

²³⁴ NÚÑEZ RIVERO, C., *Derecho constitucional comparado y derecho político iberoamericano*, Madrid, Universitas, 2002, pág.92

²³⁵ PUBLIC RELATIONS ARMY, *British Army. An Introduction*, WhiteHall, London, Ministry of Defence, Directorate Media and Communication, SO2 Plans Coord., 2010, pag.3

tercera misión susceptible de ser desempeñada es la de prestar apoyo a las autoridades civiles en Reino Unido.

15.4 LA MISIÓN DEL EJÉRCITO BRITÁNICO

En el Reino Unido la misión de las Fuerzas Armadas no aparece definida a nivel constitucional. Tampoco es definida por una ley. Es definida por lo que en Derecho español conocemos por una orden ministerial, es decir, una norma administrativa. De hecho, es el único país junto con Francia, que define tal misión mediante una norma gubernamental. Tal orden ministerial dice que las misiones de las Fuerzas Armadas son: “1º Defender al Reino Unido y a sus territorios de ultramar, nuestra gente y sus intereses 2º El empleo de la fuerza para asegurar la paz y la seguridad internacionales”²³⁶.

En el Reino Unido, el despliegue de unidades militares en el extranjero no requiere la aprobación del Parlamento e incluso no es necesario que el Gobierno le informe previamente.

15.5 ALGUNOS DERECHOS Y DEBERES

RESTRICCIONES AL DEBER DE NEUTRALIDAD

En Reino Unido, el militar puede discutir y tratar públicamente de asuntos de naturaleza política e incluso distribuir publicaciones de contenido ideológico o sindical, ya esté o no de servicio, de la misma manera que un civil, siempre que no infrinja normas básicas de respeto a la ley, a la moral o al orden público.

Además pueden tomar parte en manifestaciones pacíficas, por ejemplo, para manifestar su contrariedad por una operación militar determinada, pueden estar afiliados a partidos políticos pero “not take an active part in the affairs of any political organisation or party. However, no restriction is placed upon the attendance at political meetings of such personnel whether in uniform or civilian clothing, provided that service duties are not impeded”²³⁷. Es decir, que pueden estar afiliados a partidos, como hemos dicho, pero no participar activamente en sus actividades. No obstante, se les

²³⁶ MINISTRY OF DEFENCE, *The role of the Ministry of Defence and the Capabilities of the Armed Forces. The Government's Expenditure Plan and Main Estimates*, London, Ministry of Defence Printing Office, 2001, p. 5-6

²³⁷ U.K. PARLAMIEN, *Queen Regulations for the Army*, London, UK. Parliament Printing Office, 1975, parag. J. 5. 581

permite asistir ya sea de paisano o de uniforme a mítines políticos, siempre que sus deberes queden cubiertos.

IGUALDAD DE GÉNERO

Actualmente a las mujeres no se les permite servir en determinadas unidades y en determinados puestos tácticos. Así por ejemplo, les está vedado el ingreso en las unidades de infantería y en la práctica en todas aquéllas unidades donde no sea posible habilitar instalaciones apropiadas para ellas, tales como algunas corbetas.

Sin embargo, esta prohibición, ni está plasmada en ninguna norma ni lo contrario. Se trata de una norma no escrita, como tantas en el derecho británico y no impugnada hasta la fecha. Al respecto, debemos decir que la inteligencia que subyace a esta prohibición es doble: en primer lugar, el mero hecho de que una mujer no puede afrontar el grado de exigencia física que exigen determinadas unidades y en segundo lugar la ya mencionada imposibilidad práctica debido a la falta de instalaciones apropiadas (en otros ejércitos como el israelí, el Tzahal, se ha sumado otro motivo: la baja en combate de una mujer genera en su unidad un impacto y una consternación mucho mayor que la que produciría una baja masculina, por razones obvias; por ello y a pesar de que el servicio militar es obligatorio tanto para hombres como para mujeres, en unidades de combate como la Brigada Golani o Givati no hay presencia femenina).

SINDICACIÓN Y ASOCIACIÓN

En el Ejército británico no han existido, hasta la fecha, sindicatos pero sí ha estado permitido el hecho de afiliarse a sindicatos civiles como cualquier otro ciudadano siempre que la pertenencia a tal sindicato no contraríe las obligaciones del servicio y el principio de disciplina. En todo caso, suelen estar más orientados a facilitar el retorno del militar a la vida civil.

No obstante, desde la aprobación de la Human Rights Act, de 1998, que transponía en el ordenamiento jurídico británico la Convención Europea de Derechos Humanos, esto comenzó a cambiar pues no ha sido posible seguir desconociendo derechos proclamados por el TEDH en su jurisprudencia. En este sentido, son ilustrativas las declaraciones hechas al Sunday Times, el diez de marzo de 2002 por responsables del departamento jurídico del Ministerio de Defensa británico: “it would be illegal to continue to prevent them from doing so under European human rights law...” (sería ilegal continuar impidiéndoles hacer algo contemplado en la Convención Europea de Derechos

Humanos...). Y el anterior Ministro de Defensa declaraba: “We think that, while we can avoid strikes and so on, we can’t stop soldiers banding together to form a federation to represent their interests. That’s a case we think we’d lose under the convention”(es decir, “Creemos que mientras es posible impedir la huelga, no podemos prohibir a los soldados que se sindicquen para defender sus intereses. En ese caso, creemos que estaríamos vulnerando la Convención”)²³⁸.

De hecho, desde el año 2006 ya existe una federación, la British Armed Forces Federation, uno de cuyos objetivos es “promote and protect the professional, welfare, and other legitimate interests of all members of the Federation in their capacity as serving or retired personnel of the armed forces of the United Kingdom”²³⁹, es decir, promover y proteger los intereses sociales y profesionales así como otros intereses legítimos de sus miembros en su condición de miembros activos o retirados de las Fuerzas Armadas del Reino Unido. No obstante, esta federación sigue definiéndose a sí misma como asociación profesional independiente y no como sindicato.

ORIENTACIÓN SEXUAL

El Reino Unido modificó recientemente actitud hacia los homosexuales y cesó de expulsar del Ejército a aquellos soldados con tal orientación sexual. En el año 2000, en la revista “Values and Standards of the British Army”, editada por el Ejército británico, entre otras cosas, se afirma que “the Army must take a different and more prescriptive approach towards certain types of behaviour and relationships which might in most other employments, be regarded purely as a matter of individual choice or morality, and of no concern to the wider community”²⁴⁰, es decir, que el Ejército ha de llevar a cabo una aproximación diferente y más determinante en cuanto a ciertos comportamientos y relaciones que pueden ser considerados en la mayoría de los casos, simplemente, como una opción individual o una cuestión de moral y sin interés para el resto de la comunidad.

DERECHO A ASISTENCIA MÉDICA

En el Reino Unido, además del propio militar, (“all regular serving personnel are entitled to

²³⁸ SUNDAY TIMES, Registered office 3, Thomas More Square, London E98 1XY, Times Newspapers Ltd, 10 de marzo de 2002 .

²³⁹ BAFF LTD., *BAFF Constitution*, Melksham, Wiltshire, 2006, pag.2

²⁴⁰ MINISTRY OF DEFENCE, *Values and Standards of the British Army*, London, Ministry of Defence Printing Office, 2000, pag. 9

medical and dental treatment at public expense and if necessary are to be supplied with surgical appliances”²⁴¹), su familia tiene derecho a recibir asistencia médica gratuitamente siempre que tengan que acompañarle con motivo de haber sido destinados o desplegados en el extranjero.

DERECHO A PLANTEAR QUEJAS O RECLAMACIONES

En Reino Unido, de la interpretación de las leyes militares se deduce que sólo cabe plantear reclamaciones, denuncias o quejas cuando se trata del comportamiento de un superior. No cabe dar parte de un compañero. No obstante, las Queen’s Regulations afirman que ello no será óbice para adoptar medidas disciplinarias contra ése compañero que, se supone, ha cometido alguna infracción²⁴².

SEXTA PARTE

16. CONCLUSIONES

PREÁMBULO

Nuestras conclusiones se asentarán en torno a tres conceptos: la suprema importancia de un buen régimen de personal en las Fuerzas Armadas como garantía de eficiencia, la naturaleza de las Fuerzas Armadas como “orden concreto”, el reconocimiento de derechos a los militares como vía hacia la normalidad, y la política de Defensa como política de Estado.

EL RÉGIMEN DE PERSONAL, GARANTÍA DE EFICIENCIA

Los conflictos acaecidos en las últimas décadas junto con nuestra propia experiencia profesional, nos ha permitido comprender tanto la naturaleza de los ejércitos de hoy, más reducidos en número, polivalentes, modulares, con mayor movilidad y capacidad de proyección, como el carácter

²⁴¹ U.K. PARLAMIEN, *Queen’s Regulations for the Army*, London, U.K. Parliament Printing Office, 1975

²⁴² UK. PARLAMIEN, *Queen’s Regulations for the Army*, London, U.K. Parliament Printing Office, 1975, parag. J5 201 A

de sus misiones: prevención y gestión de crisis, ayuda humanitaria, misiones de paz, así como los escenarios de empleo, alejados de las fronteras nacionales y con un carácter claramente multinacional. Las Fuerzas Armadas, por tanto, hoy en día ya no sólo están al servicio del interés nacional, sino al servicio de una política multinacional y bajo los auspicios de organizaciones internacionales como Naciones Unidas.

Este cambio de misiones, objetivos, escenarios, estructuración y formas de acción conduce, sin duda, a la necesidad de afrontar los nuevos requerimientos mediante la definición de un nuevo concepto de empleo, una nueva orgánica, una estructura de apoyos ágil y resolutiva y unos procesos de decisión acordes a la gravedad de cada situación.

Los diferentes Gobiernos, tanto preconstitucionales como democráticos, han abordado, en numerosas ocasiones, una revisión tanto de los objetivos estratégicos de las Fuerzas Armadas como de sus misiones, capacidades, estructura y equipos. Los efectos de la globalización, las nuevas tecnologías y la integración europea han conducido, en los últimos años, a un cambio profundo en los útiles para afrontar una política de Defensa y Seguridad coherente con los nuevos tiempos y con los previsibles escenarios futuros. Los pasos dados hasta ahora en este sentido han sido (sólo), moderadamente satisfactorios: uno de los hitos fundamentales aunque aún controvertido (por sus numerosas connotaciones políticas) lo constituyó la Ley Orgánica 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, que señaló los objetivos a alcanzar (de los que se deducen los nuevos conceptos estratégicos), planteó las bases para la aplicación de la política de Defensa y estructuró los más altos órganos de decisión.

Por su parte, la propia orgánica de los ejércitos y de sus centros de mando –aprovechando, sin duda, la experiencia adquirida en las dos últimas décadas en el seno de las organizaciones multinacionales, las estructuras de defensa europeas y la participación en misiones de paz– da respuesta de forma aceptable (sólo aceptable) a los requerimientos exigidos por la nueva situación.

En cualquier caso, sea cual sea nuestra opinión sobre el estado de cosas actual, es claro que las Fuerzas Armadas deben dar respuesta a la exigencia de adaptación a las necesidades actuales, atendiendo a la puesta al día de sus doctrinas y procedimientos de empleo, a la operatividad de sus materiales y, desde luego, a la provisión del personal formado para afrontar los nuevos cometidos.

Precisamente, la gran importancia del régimen del personal en los ejércitos modernos es lo que nos debe llevar a la necesidad de reflexionar sobre los métodos más adecuados para conseguir y

gestionar este recurso, partiendo de las estructuras ya establecidas y contrastadas en los últimos veinte años, y a analizar cuáles deben ser los fines u objetivos de las nuevas políticas de personal. En definitiva, se trata de actualizar los métodos de obtención, formación y gestión del personal reclutado en un escenario de reducción, polivalencia, externalización y capacidad de generación de fuerza.

En otro orden de cosas, la reducción de efectivos en nuestro Ejército viene impuesta por múltiples factores, pero se basa fundamentalmente en el carácter profesional de la fuerza, bajo el criterio de que un grupo pequeño mejor preparado rinde más que un conjunto mayor, poco preparado. De la reducción cuantitativa se deduce inmediatamente la necesidad de la polivalencia y la creación de módulos de empleo. Los efectivos son limitados, pero pueden llevar a cabo más actividades. Como el elemento militar es escaso y caro, debe dedicarse a lo más concreto de su tarea, la acción armada, mientras que el resto de actividades se debe llevar a cabo mediante otros recursos.

Por otra parte, las misiones son cada vez más difíciles de prever y el volumen de la fuerza requerida será muy variable, por lo que es preciso encontrar un método ágil de reclutamiento de personal ya instruido por un tiempo limitado.

El modelo genérico que planteamos debe integrar al menos tres conceptos básicos: el número de efectivos, su reparto entre permanentes y eventuales, así como los porcentajes entre los distintos niveles de responsabilidad; el tipo de procedencia y formación de cada uno de esos niveles y, en consecuencia, sus capacidades; y, finalmente, los criterios de retribución de acuerdo con las competencias adquiridas.

De este planteamiento se deduce, en primer lugar, que deberán existir unas plantillas de personal fijas y determinadas para el contingente permanente, y otras de aumento o refuerzo que procederían de personal considerado de complemento, como contratado para atender a necesidades puntuales, o bien de personal reservista, entendido como aquél que ya instruido y reciclado se suma al conjunto para una operación concreta.

En segundo lugar, que en los distintos niveles de responsabilidad, desde el meramente ejecutor de tareas (el soldado o marinero) al conductor de planes y operaciones (el general), hay una enorme diferencia en cuanto a las necesidades de formación. La enseñanza en el ámbito militar debe ser progresiva a partir de la enseñanza de formación en ciclos cortos, que permitan la aplicación de la instrucción adquirida en la experiencia inmediata, que faciliten la promoción de forma fácil y

armónica y que se acomoden al sistema general para permitir la adecuación a otros cometidos de la vida profesional.

Por último, el también importante capítulo de las retribuciones debería ajustarse más a los puestos y responsabilidades desempeñados que a la mera ostentación de un empleo.

Digamos, además, que, a nuestro juicio, los objetivos básicos del diseño de la carrera militar deben ser la competencia profesional y la motivación. Es preciso aprovechar al máximo en todos los escalones la experiencia, lo que implica, por un lado, dedicación prioritaria hacia los puestos donde ésta se adquiere y, sobre todo, su explotación como medio de aumentar la eficacia.

La complejidad de la formación militar en muchos niveles diferentes exige unos centros donde se contemple el conjunto de la profesión o carrera militar, naciendo de ellos los programas adecuados a cada nivel.

El reciclado, entendido como la puesta al día del personal que va a cambiar de actividad, debe ser norma general, y la dirección centralizada de la gestión deberá ser también criterio habitual y necesario.

El personal debe ser orientado hacia su actividad futura en toda circunstancia señalándole las posibles metas a conseguir e incluso las vías recomendables que conducen a ellas, respetando en todo caso –siempre que sea posible– la decisión personal.

Todo ello en un sistema flexible de plantillas abiertas con flujos de entrada y salida, y diferentes modelos profesionales, permanentes o temporales.

Para finalizar, en los conflictos actuales no se concibe el empleo de un solo tipo de unidad, sino que es, casi siempre, precisa la intervención de fuerzas habituadas al combate en distintos espacios, es decir, el combate será conjunto en la mayor parte de los casos; por ello será necesario que, al menos en parte, los responsables de estas actividades conjuntas, los cuadros de mando, reciban una formación común y homogénea desde los primeros periodos lectivos.

Una vez situada la cuestión, nos adentraremos ahora en la proposición de medidas concretas, justas e inaplazables.

Como dijimos en un epígrafe anterior, de todas las leyes promulgadas en los últimos años en materia de Derecho Militar, la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar, es la más controvertida. Baste citar algunas consecuencias de su aplicación: suboficiales que han visto truncadas sus carreras profesionales, oficiales de complemento que han sido perjudicados en sus ascensos a teniente por una ambivalente redacción de las disposiciones transitorias cuarta (letra g) y quinta, militares que abandonaron las Fuerzas Armadas mediante la reserva transitoria hace veinte años y ahora ascienden hasta tres grados en un año, superando a sus ex compañeros que aún siguen en activo, etc

Esta ley ha eliminado el ascenso a oficial por promoción interna; ha asignado nuevos cometidos sin la asignación correspondiente de sueldo ni reconocimiento de categoría; ha provocado el colapso en algunas escalas; no ha resuelto la grave descompensación existente en la pirámide del personal militar; ha difuminado el concepto de especialidad, etc

Pues bien, más allá de la crítica estéril, entendemos que el Ministerio de Defensa, debería adoptar las medidas conducentes a:

a) Modificar el actual modelo de carrera para permitir la permeabilidad entre escalas, facilitando la proyección y trayectoria profesionales, y con plenas garantías de promoción y progresión reales y efectivas para todos los miembros de las Fuerzas Armadas.

b) Crear un modelo de progresión profesional que logre generar expectativas profesionales y que incentive la dedicación y el esfuerzo.

c) Permitir al militar el acceso, desde el primer empleo, a la condición de militar de carrera en todas las escalas. Además, esta nueva carrera militar ha de permitir especializarse para definir mejor su perfil, así como la obtención de aquellas titulaciones o requisitos del sistema educativo general que contribuyan a mejorar los procesos de promoción y de cambio de escala.

d) Aquilatar los procesos de promoción interna tanto para cambio de escala como de cuerpo y garantizar dichos procesos, mediante el adecuado establecimiento de reserva de plazas en la ley a todos los militares profesionales, que reúnan determinados requisitos.

e) Eliminar todos los requisitos generales o específicos (límites de edad, número máximo de convocatorias), exigidos hasta ahora a los aspirantes para el acceso a los centros de formación militar y para la promoción vertical y horizontal, que sean discriminatorios y que no estén plenamente justificados objetiva y razonablemente como esenciales y determinantes, y sean legítimos y proporcionados a otros méritos a valorar.

f) Que el Consejo de Ministros establezca un porcentaje de reserva de plazas no inferior al cuarenta por cien, para suboficiales y tropa y marinería, para el acceso a las escalas de oficiales.

g) En los procesos de acceso o promoción, valorar como mérito militar, de un modo más equitativo, la antigüedad o el tiempo de servicios prestados en las Fuerzas Armadas, e incluir otras circunstancias como la previa condición de militar y el grado de formación e instrucción militar adquirida, así como titulaciones previas del sistema educativo general. En este sentido, se ha de acomodar a los militares de complemento en la carrera militar de forma que puedan tener unas expectativas de carrera permanentes.

h) Dar prioridad en el acceso a las escalas de oficiales, suboficiales y tropa y marinería a quienes tienen titulación previa (un acceso directo). De esta manera debe facilitarse y potenciarse este sistema y, consecuentemente, proceder a la reducción del tiempo de formación en los centros y academias, en relación con las áreas formativas ya superadas en el ámbito de los conocimientos adquiridos desde la titulación previa.

i) Facilitar a la tropa y marinería y a los suboficiales con titulación universitaria la promoción interna a la escala de oficiales.

j) De acuerdo con el plan de Bolonia, suprimir las escalas técnicas e integrar a sus miembros en las escalas de oficiales del cuerpo de ingenieros politécnicos del Ejército de Tierra, cuerpo de ingenieros de la Armada y cuerpo de ingenieros del Ejército del Aire.

k) Integrar, plenamente, a todos los miembros de las diferentes áreas sanitarias de las Fuerzas Armadas, sin limitación de trayectoria y posibilidades de ascensos en la escala, en una única escala de Sanidad .

En segundo lugar, creemos que es necesario:

a) Como ya indicamos al examinar la Ley de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, suprimir los informes personales concebidos en la presente ley. En los procesos de evaluación se deben aplicar parámetros de justicia y equidad de manera que se puedan garantizar procesos transparentes y en igualdad de oportunidades. La objetividad debe de ser real y efectiva.

b) La reforma del régimen y sistema de ascensos: suprimir el sistema de clasificación; establecer el sistema de elección a partir del empleo de general de brigada (sin que éste se encuentre incluido), el sistema de antigüedad para el segundo empleo y el sistema de concurso-oposición para el resto de empleos.

c) Determinar por ley los puestos de libre designación, que nunca podrán aplicarse a unidades o secciones enteras.

- d) Publicar vacantes para personal en reserva a los únicos efectos de cubrir determinadas vacantes que lleven, como mínimo, un año desiertas.
- e) Facilitar los cambios de destino mediante permutas.
- f) Permitir el ascenso con titulación al primer empleo de la escala superior a la de origen.
- g) Celebrar una nueva evaluación para el ascenso a cabo mayor para los cabos 1º con el curso de capacitación afectados por la entrada en vigor de la Ley de la carrera militar.

En tercer lugar y en definitiva, realizar materialmente derechos como el derecho a ser informado de sus cometidos, el derecho a la intimidad y dignidad personal, el derecho a la conciliación laboral y familiar y a un horario laboral justo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, etc

Más allá de detalles farragosos que entendemos pueden ocasionar tedio, se trata de invertir completamente la regulación de algunos aspectos del régimen de personal: plantillas, ascensos, enseñanza, reclutamiento, retribuciones, responsabilidades, etc hasta configurar un modelo de Fuerzas Armadas eficiente, serio, ecuánime y vanguardista.

NATURALEZA DE LAS FUERZAS ARMADAS COMO ORDEN CONCRETO

Las Fuerzas Armadas, como dijimos, son una administración con connotaciones institucionales. En efecto, pretender entender e interpretar las normas que rigen los Ejércitos al margen de los valores que dan sentido a este orden (un orden concreto), haría que éstas perdieran todo sentido.

Nadie duda de que las Fuerzas Armadas están sometidas al principio de legalidad, ni que están subordinadas al Gobierno de la Nación, ni que el proceso de ingreso en las Fuerzas Armadas debe regirse por los mismos principios administrativos que en cualquier otra oposición, etc Pero, al mismo tiempo, no conocemos ninguna administración donde el principio de jerarquía esté tan acentuado, ni donde se arengue a los funcionarios por la mañana, con lectura de efemérides bélicas para fortalecer y transmitir valores morales, ni donde se haga jurar al funcionario a dar su vida por España, ni donde prime la disciplina y el cumplimiento de la misión sobre el debate, etc

Precisamente, calificar a las Fuerzas Armadas de orden concreto, es útil, siguiendo a Herrero de Miñón²⁴³, para aplicarle a las mismas una categoría germánica: la de garantía institucional, tal como la desarrolla el Tribunal Constitucional en su sentencia 32/1981 de 28 de julio, FJ 3º:

“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. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. 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. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. 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”²⁴⁴.

La garantía institucional de las Fuerzas Armadas explica su naturaleza última y más trascendental: el hecho de existir para garantizar la propia vida de los españoles y aun más, con el sacrificio de las propias vidas (de los militares). Sólo si atendemos a esta peculiar característica de las Fuerzas Armadas, entenderemos sus principios (como el de jerarquía o disciplina), su organización, su régimen jurídico, su modo de vida, etc

RECONOCIMIENTO DE DERECHOS: NORMALIDAD DEMOCRÁTICA

La regulación jurídica de los derechos y deberes de los militares ha de regirse por los

²⁴³ HERRERO DE MIÑÓN, M., *El valor de la Constitución*, Barcelona, Crítica, 2003, pág. 156

²⁴⁴ STC 32/1981 de 28 de julio, FJ 3º

principios constitucionales. Ello es evidente. Pero no es tan evidente que ello demanda que las eventuales limitaciones a los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas deben ser las estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión que tienen encomendada por la Constitución. Ello implica, a su vez, varias consecuencias:

- Que la restricción que experimenten los derechos sea la necesaria para lograr el fin legítimo previsto.
- Que sea proporcionado para alcanzar tal fin.
- Y en todo caso, que sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido

Y es que el militar, por el hecho de serlo, no deja de ser ciudadano y, por añadidura, persona titular de unos derechos que son fundamento del orden político y de la paz social, y que constituyen un mínimo que todo ordenamiento jurídico debe asegurar, de modo que, como afirma nuestro Tribunal Constitucional, “sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.” (STC 120/1990, fj. 4).

Una vez fijado este presupuesto, lo cierto es que la nueva Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas cumple éste y otros principios constitucionales, satisface expectativas y da respuesta a importantes e inveteradas demandas. Y es justo reconocerlo.

Precisamente, uno de los males que aquejaban a los Ejércitos desde hace décadas es que eran percibidos por la sociedad española como algo ajeno a la población civil. Y esa ajenez, obviamente, alcanzaba también a sus derechos; no sólo por consideraciones de política de Defensa sino por simple indiferencia, desidia e incluso desprecio por parte de gran parte de la ciudadanía española.

Como adelantamos en la introducción, en modo alguno hemos deseado ni deseamos la positivación en nuestras leyes del derecho de huelga o sindicación para nuestros militares, pues nos llevaría a un escenario ridículo e impropio de una institución a la que se demanda rapidez, disciplina, eficiencia. Un oficial británico expresaba en 2002 su preocupación al respecto de la eventual concesión del derecho de sindicación a los militares: “The problem is that we’re unique. In battle it’s no good if a man decides not to attack something until he’s checked with his shop

steward. This is the army, for God's sake, not British bloody Leyland.”²⁴⁵ En efecto, no es éso. No es eso. Pero, entendemos que el reconocimiento de derechos como el de asociación, permitirá a nuestros militares, sin merma de la disciplina, canalizar adecuadamente sus justas demandas de mejora profesional, sus preocupaciones y sus anhelos.

LA POLITICA DE DEFENSA

DEL VALOR DE LA PAZ

Más allá de disquisiciones conceptuales propias de la Filosofía del Derecho, hay algo obvio: todos anhelamos la paz. Pero el problema no es si queremos o no la paz sino qué preferimos. A qué le damos prioridad: a la paz o a la libertad. No deja de tener vigencia la respuesta de Churchill a Chamberlain a la vuelta de Munich: “You were given the choice between war and dishonor. You chose dishonor and you will have war”.

La Defensa, definida como “acción de defender o defenderse” por el Diccionario de la Real Academia Española²⁴⁶, aplicada a la política, podríamos entenderla como todas aquellas acciones realizadas desde el Estado para garantizar la supervivencia frente a agresiones, amenazas o riesgos. Entendida así, es evidente que está intrínsecamente unida a la vida de las comunidades humanas y de los individuos, por supuesto. No es renunciable. O si lo es, como indicaremos más adelante, implicará la propia destrucción de la comunidad.

Por su parte, la seguridad, en lo que a nosotros nos interesa (obviando su significado primario) es un concepto más amplio, que engloba a la defensa e implica otras muchas políticas como la seguridad “ad intro”(Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), la atención a la población civil en caso de catástrofes naturales (Protección Civil), la salud pública, la política nuclear, etc, pues todas estas políticas colaboran en la creación de certidumbre. Nuestra Ley Orgánica de Defensa Nacional, por cierto, podría haberse llamado de “Seguridad y Defensa Nacional” y existía base doctrinal para ello pero desgraciadamente aún no se ha dado ese paso, que entendemos inaplazable.

Y si entendemos la palabra valor como “cualidad que poseen algunas realidades,

²⁴⁵ SUNDAY TIMES, Registered office 3, Thomas More Square, London E98 1XY, Times Newspapers Ltd, 10 de marzo de 2002

²⁴⁶ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (21ª edición), Madrid, Espasa Calpe, 1992, pag. 671

consideradas bienes, por lo cual son estimables”²⁴⁷, según el Diccionario de la Real Academia Española, está claro que a la defensa y a la seguridad las sociedades les han conferido, históricamente, valor, pues constituyen aquellos aspectos de la realidad social que la sociedad prioriza porque expresan las acciones que la comunidad debe llevar a cabo, inexorablemente si quiere seguir viviendo, simplemente. Es decir, son indicadores de aquellos comportamientos sin los que una sociedad perecería.

Sólo las sociedades decadentes, como la nuestra, repelen la seguridad y la defensa como valores fundamentales (en el sentido etimológico de la palabra) y en consecuencia se niegan a arrostrar la tarea de realizar materialmente tales valores (rechazando el morir por la patria, por ejemplo, como dijo recientemente algún que otro Ministro de Defensa, que prefería dejarse matar, según sus propias palabras).

Antiguamente, los ciudadanos entendían como un honor y no como una carga morir por su nación (ya entendida como territorio, como conjunto de personas que habitaban un país, etc). Hoy, en España, nación más antigua de Europa, sólo se ve al Estado como algo positivo cuando concede derechos, prestaciones, servicios. Pero se le considera como un aparato represor cuando exige deberes (y la Defensa Nacional es un deber de todos, sin que quepa confusión con el servicio militar obligatorio, del que no hablamos aquí).

Ahora bien, el rechazo de la seguridad y de la defensa como valores, la decadencia cultural y la insumisión a cumplir con los demás, con tus semejantes suele conducir al entreguismo y consecuentemente a caer bajo el dominio de otras naciones. Por ello, la sociedad española debe entender que si renuncia a la guerra debe preocuparse muy mucho de tener unas Fuerzas Armadas modernas, preparadas, eficientes y prestas a actuar, pues de lo contrario se conseguiría justamente lo que los pacifistas pretenden evitar: favorecer las guerras.

Quizás, en esta deficiente percepción de la importancia de la defensa y de la seguridad y, consecuentemente en la inexistente relación entre la sociedad española y las Fuerzas Armadas ha influido la tensión continuada con la que ambas (sociedad y Ejércitos) han convivido a lo largo del siglo XIX y XX: pronunciamientos, guerras civiles, cambios de régimen, etc (sólo el levantamiento y posterior dictadura de Primo de Rivera pretendió revestirse de carácter civil, de dictadura civil,

²⁴⁷ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (21ª edición) Madrid, Espasa Calpe, 1992, pág.2058

tan alejada de los “viejos políticos” como del corporativismo militar)²⁴⁸; a ello se ha sumado la desconfianza inveterada del español hacia el aparato estatal (del que forman parte las Fuerzas Armadas); y el clientelismo con el que el español concibe su relación con el Estado: éste sólo es legítimo, no por su buen hacer en la gestión pública o cuando me exige comprometerme sino en la medida en que me proporciona bienes, servicios y lo que es peor, en la medida en que me libera de mis responsabilidades y obligaciones.

Además, los españoles históricamente identifican las fuentes de peligro, no con el exterior sino con posibles levantamientos militares en el propio solar patrio. No así ha ocurrido en otros países de nuestro entorno que sí han tenido que soportar agresiones exteriores (Polonia, Inglaterra, Francia, etc). Ello, de rebote, ha contribuido a disociar defensa y seguridad: los españoles creen que la seguridad tiene que ver con el interior del país y la defensa con la reacción frente a agresiones exteriores. Nada más lejos de la realidad.

Y por fin, la idea de que Ejército es igual a militarismo y que la asociación entre aquél y el franquismo han incidido, sin duda en esta anormal relación entre las Fuerzas Armadas y España.

POLÍTICA DE DEFENSA, POLÍTICA DE ESTADO

La política de defensa es una política de Estado. Esta declaración es coincidente con la de todos quienes han estudiado e incluso dirigido la política de defensa a lo largo de la democracia. Por supuesto, el carácter de política de Estado no ha de eximir a nadie de la responsabilidad de su gestión, que es competencia exclusiva del Gobierno, y de su eficacia para defender a España y los valores e intereses de los españoles, allí donde puedan verse amenazados o donde la seguridad de nuestros ciudadanos pueda estar comprometida. Pero en cuanto tal, debe contar con la adhesión de la inmensa mayoría de los partícipes en la gobernación de España, ya desde el poder legislativo o ejecutivo.

Por el contrario, el político suele operar sobre clichés y prejuicios, ignorancia y desdén hacia un modo de vida cuyos valores alcanzan una cota moral más allá de lo que cualquiera de ellos pudiera imaginar. Y lo que es peor, el político que llega al Ministerio de Defensa suele tener aún mayor desconocimiento de lo militar; pronto, no obstante, se percata de lo fácil que es mandar a los generales y encuentra en tal ministerio una plataforma mediática excepcional, derivada de las numerosas reuniones con personalidades internacionales y lo aprovecha para sus particulares

²⁴⁸ Martínez Segarra, Rosa M^a, La Unión Patriótica, Cuadernos de la Cátedra Furió Ceriol, n^o1, Valencia, 1992, pag 68 y 70

aspiraciones presidenciales (aunque recién haya estado detrás de una pancarta filoseparatista).

Además, nuestra clase política y la sociedad, misma, entienden que la Defensa Nacional es una herramienta importante para afrontar amenazas o crisis concretas cuando suceden, pero no admiten que es necesario una acción previa. Nadie espera, en general, a la noche anterior a un examen para estudiarla; nadie espera a que le desvalijen la casa para asegurarla; nadie espera al día en que despegue su avión para preparar su equipaje. Es necesario una preparación. Pero, hasta ahora, ni la clase política ni la sociedad española está dispuesta a invertir grandes sumas de dinero en sus Fuerzas Armadas en tiempo de paz. Parece que es superfluo y más preferible gastarlo en otras partidas. Gran error.

A nuestro juicio, por tanto, la naturaleza de política de Estado se compone, al menos, de tres características básicas:

- En primer lugar, el acuerdo entre los grandes partidos nacionales.
- En segundo lugar, la estabilidad en su formulación y planificación.
- Y en tercer lugar, que la política de Defensa sea uno de los garantes de los derechos de los ciudadanos, en especial de dos concretos derechos fundamentales, indisolublemente ligados y en necesario equilibrio: la libertad y la seguridad.

En efecto, es urgente una determinación compartida, transparente y estable de la política de defensa como política de Estado, por encima de los relevos en el gobierno (y con independencia de si la amenaza se percibe como algo acuciante o no) y ello sólo es posible si se emprende una tarea de relegitimación de las principales instituciones del Estado y se pone punto final al continuo cuestionamiento del edificio constitucional español.

CONTRIBUCIÓN DE LA DEFENSA A LA POLÍTICA GENERAL

En otro orden de cosas, vivimos en una época de crisis, en una época de incertidumbre. Para afrontar esta coyuntura consideramos, como hemos adelantado, que hay dos elementos que han de permanecer estables y previsibles: la política exterior y la política de Defensa.

La actual situación de crisis económica y tensiones geopolíticas, requiere el máximo esfuerzo en la coordinación de estas dos políticas de Estado y su alineación con la política general de todo Gobierno.

Pues bien, los dos grandes objetivos que deben perseguirse, en nuestra opinión, deben ser: contribuir a la superación de la crisis y recuperar el prestigio de España como gran nación.

CRITERIOS DE ACTUACIÓN PARA ALCANZAR LOS OBJETIVOS GENERALES.

Alcanzar esos grandes objetivos nos obliga a establecer unos criterios de actuación para cada uno de ellos y a explicar las acciones para alcanzarlos.

En primer lugar, para contribuir a la superación de la crisis se deben aplicar tres criterios de actuación:

A. Austeridad. Desde el Ministerio de Defensa se debería realizar un esfuerzo de contención del gasto, optimizando los recursos disponibles, de reducción de los costes de la estructura y de revisión de los programas y partidas presupuestarias.

B. Eficiencia. Eficiencia en la consecución de nuestras metas, a la vez que se optimizan los recursos que los ciudadanos ponen a nuestra disposición. Este objetivo se lograría mediante la revisión de: la estructura orgánica del ministerio, del despliegue geográfico de las Fuerzas Armadas y de la administración militar y el planeamiento de las capacidades necesarias para que nuestras Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que tienen encomendadas.

También ha de tratarse de incrementar la eficiencia mediante la búsqueda de una mayor calidad en el modelo de gestión de los sistemas de obtención y adquisición de nuestras capacidades.

En definitiva, lo que pensamos que se debe conseguir con estos cambios son unas Fuerzas Armadas más eficientes y a un coste asumible y compatible con la situación económica en la que nos encontramos.

C. Previsibilidad y adaptabilidad. Es el mejor criterio para la generación de la confianza en todos los ámbitos; también en el de seguridad y defensa. La previsibilidad no puede conseguirse sin un compromiso presupuestario estable y predecible en el largo plazo y sin transparencia en la gestión. Pero esa previsibilidad no debe entenderse como rigidez, sino que debe permitir la necesaria adaptabilidad al escenario en el que desarrollan su actividad las Fuerzas Armadas.

Por lo que se refiere a recuperar el prestigio de España como gran nación, los criterios que debemos aplicar son:

- Unidad entre el Gobierno y la oposición; enfoque integral y coordinación.
- Disponibilidad para satisfacer los compromisos de operaciones y de participación en organizaciones multinacionales y foros donde se requiera la presencia de las Fuerzas Armadas.
- Cumplimiento de las obligaciones derivadas de nuestros acuerdos internacionales.

Estos criterios son imprescindibles, además, para recuperar la imagen de España como actor internacional de relevancia y socio fiable.

ELEMENTOS QUE DEBEN SER CONSIDERADOS EN EL DESARROLLO DE LA POLÍTICA DE DEFENSA.

En una primera etapa, de análisis y de toma de decisiones iniciales, el planteamiento debería estar regido por el criterio de perseguir objetivos posibles o realizables, pues la realidad de los recursos de los que hoy disponemos nos impone el pragmatismo en la gestión: en estos momentos es preferible tener lo necesario (la cota mínima; aquella por debajo de la cual la defensa se hace insuficiente y el daño a la seguridad, inaceptable) al cien por cien de operatividad que lo deseable al cincuenta por cien.

A ello es imperativo sumar la eficiencia en la gestión y la unicidad en la cooperación entre el Ministerio de Defensa, el Estado Mayor Conjunto y los Estados Mayores de los Ejércitos.

Esta eficiencia, realismo y unicidad constituyen el camino para afrontar una situación tan complicada.

Con estas premisas en mente, por tanto, se ha de llevar a cabo una ponderación permanente entre los objetivos y los recursos de los que se disponen.

Para ello, a su vez, se deben seguir las siguientes pautas: a) la definición de objetivos posibles, b) la ubicación en el entorno estratégico, c) la optimización del desarrollo normativo, y d) priorizar la gestión.

DEFINICIÓN DE OBJETIVOS POSIBLES

En primer lugar, es preciso garantizar la preparación y operatividad de las Fuerzas Armadas.

Hoy, las Fuerzas Armadas demuestran que cuentan con la instrucción, capacidad y disponibilidad para afrontar el presente y lo hacen con un sentido de la entrega y del sacrificio notable allí donde se les ha demandado hacerlo. No obstante, estas características que componen hoy la esencia de la preparación de la fuerza requieren una constante dedicación de recursos, tanto humanos como materiales.

Ni la formación y preparación de los miembros de las Fuerzas Armadas, ni la obtención de los sistemas de armas o de la infraestructura para soportar el esfuerzo de la Defensa, se obtienen a corto plazo; además, una vez conseguido un cierto nivel, debe adaptarse permanentemente a la realidad y a la prospectiva del escenario político geoestratégico. Es más, en ocasiones, hacerlo con premura y sin una visión a medio y largo plazo, puede resultar el camino más directo hacia el fracaso. Sin unas metas en un horizonte de quince o veinte años, cualquier decisión en la obtención de recursos puede desviar el esfuerzo hacia algo que se demostrará innecesario a medio plazo, y condicionar las posibles soluciones de futuro. Por eso, hay que evitar a toda costa la improvisación.

En el año 2013 comienza el nuevo ciclo de planeamiento. Mientras se completa el nuevo proceso de planeamiento, y como primera medida para orientar el escenario de financiación estable, el Jefe de Estado Mayor de la Defensa debería iniciar un estudio de las necesidades de nuestras Fuerzas Armadas con un horizonte de varias décadas. En esta línea, se deberían definir las capacidades necesarias para:

- Acometer como nación, uno o varios planes de contingencia
- Asumir los compromisos derivados de la participación con la OTAN, Unión Europea, Naciones Unidas y coaliciones “ad hoc”.

Se debe perseguir que la relación entre capacidades y medios sea modulable, de forma que cada capacidad pueda ajustarse al apoyo de diferentes planes de contingencia. A su vez, estos planes deberían abordar las siguientes materias:

- Defensa del territorio nacional
- Defensa del espacio aéreo nacional

- Seguridad marítima en los espacios de interés nacional
- Evacuación de no-combatientes
- Apoyo a la ayuda humanitaria
- Contribución al esfuerzo de otras administraciones
- Definición de capacidades, para finalmente poder concretar: “La fuerza necesaria” y su apoyo para llevar a cabo los planes anteriores

Una vez identificadas esas capacidades en un horizonte a largo plazo, se podrá elaborar el perfil de financiación para sostener las capacidades existentes y abordar la obtención de medios y nuevas capacidades.

Además, el ajuste de ese perfil al escenario económico estará con toda seguridad condicionado a la obtención de una mayor eficiencia en el gasto.

En el planeamiento para la obtención y sostenimiento de capacidades es necesario hacer referencia, por su influencia futura, a la evolución del entorno y concretamente a las iniciativas de obtención de capacidades de forma multinacional que se desarrollan en el ámbito de la Unión Europea, “Pooling & Sharing” (este anglicismo, si bien ha sido y es empleado en muchos y diferentes sectores económicos y desde hace tiempo, en el ámbito de la defensa ha sido esgrimido por la Agencia Europea de Defensa, EDA, y significa reunir y compartir las capacidades militares de los Estados miembros de la Unión Europea para minimizar los efectos de la crisis financiera; la EDA, de hecho, trabaja con la OTAN para buscar sinergias en los respectivos ámbitos de trabajo y evitar duplicidades²⁴⁹) y la Alianza Atlántica, “Smart Defence”(bajo la idea de “Smart defence” subyace la misma filosofía: racionalizar gastos, optimizar recursos e introducir economía de escala; por ejemplo, España se especializa en patrullas aéreas de frontera marítima, Francia se encarga del mantenimiento de helicópteros, Reino Unido se especializa en despliegue en zonas de conflicto y logística e Italia en entrenamiento de fuerzas como la afgana...etc ²⁵⁰).

²⁴⁹ A continuación, transcribimos la declaración hecha por la propia EDA en su página web: “Pooling & Sharing is absolutely central to the Agency's work. Through it, Member States can see the immediate benefits of European defence cooperation on frontline and logistical projects. By pooling resources and sharing the results, Europe is better defended” (fuente: <http://www.eda.europa.eu/aboutus/whatwedo/pooling-and-sharing>).

²⁵⁰ Transcribimos, de nuevo, la explicación dada por la OTAN: “In these times of austerity, each euro, dollar or pound sterling counts. Smart defence is a new way of thinking about generating the modern defence capabilities the Alliance needs for the coming decade and beyond. It is a renewed culture of cooperation that encourages Allies to cooperate in developing, acquiring and maintaining military capabilities to undertake the Alliance's essential core tasks agreed in the new NATO strategic concept. That means pooling and sharing capabilities, setting priorities and coordinating efforts better” (fuente: <http://www.nato.int/cps/en/natolive/78125.htm>).

UBICACIÓN EN EL ENTORNO ESTRATÉGICO.

España, tanto por historia y tradición como por la capacidad de sus ciudadanos, es una gran nación y aspira a ser un país considerado como un actor relevante en el nuevo orden internacional. Somos una potencia media, la duodécima del mundo en cuanto a Producto Interior Bruto, el noveno contribuyente al presupuesto de las Naciones Unidas, el quinto país contribuyente de la Unión Europea; formamos parte de la Alianza Atlántica, donde somos el séptimo país contribuyente y tenemos una clara proyección hacia Iberoamérica y el Mediterráneo.

Participamos en iniciativas de suma importancia para dar estabilidad a nuestras regiones próximas y a zonas del mundo donde nuestra seguridad puede verse comprometida. Mantenemos un "Diálogo Mediterráneo"²⁵¹ y apoyamos las actividades de la "Iniciativa 5 + 5"²⁵² donde naciones del norte y sur del Mediterráneo encuentran la forma de ayudarse mutuamente.

La Defensa, por tanto, debe estar en consonancia con lo que somos y queremos ser, y con nuestras responsabilidades derivadas: participación en las iniciativas regionales y la presencia de España en el mundo.

OPTIMIZACIÓN DEL DESARROLLO NORMATIVO.

Como hemos expuesto a lo largo de este trabajo, en esta última década se ha legislado con profusión y ahora se cuenta con un cuerpo normativo que alcanza, en muchos casos, hasta los más mínimos detalles de la vida militar y de la gestión en la administración militar. En este contexto, parece conveniente dejar que las normas cumplan su función de regular.

Ello no es óbice para que entendamos que las lagunas legales deben ser colmadas, los defectos deben ser corregidos y las contradicciones y paradojas deben ser aclaradas. Y así lo hemos dejado sentado a lo largo de toda esta tesis y en concreto en el análisis de la Ley de la carrera militar

²⁵¹ El llamado Diálogo Mediterráneo debe ser contemplado en el marco de las iniciativas de cooperación que emprendió la Alianza Atlántica al término de la Guerra Fría y de él se puede decir que nació en la cumbre de Bruselas celebrada el 10 de enero de 1994, en la cual se crea la Asociación para la Paz.

²⁵² La iniciativa 5 +5 fue iniciada en 1990 como proyecto subregional y desarrollada en 2004 en cuanto a su dimensión defensiva. Tal año, los ministros de Defensa de Argelia, España, Francia, Italia, Libia, Malta, Marruecos, Mauritania, Portugal y Túnez firmaron una Declaración de Intenciones para constituir una iniciativa de seguridad en el Mediterráneo. Su objetivo es desarrollar cooperación multilateral, a través de planes anuales y reforzar el entendimiento mutuo y la confianza, con el fin de promover la seguridad en el Mediterráneo Occidental (fuente: Conferencia de Ministros de Asuntos Exteriores. Roma, 10 de octubre de 1990)

y de la Ley Orgánica de derechos y deberes. Pero, definitivamente, entendemos que se debe prestar más atención a optimizar la legislación ya existente.

PRIORIZAR LA GESTIÓN.

Sin duda, esta orientación hacia la gestión nos permitirá dar una mayor estabilidad a las actuaciones y también hacer un mejor empleo del tiempo y los recursos.

Dentro de una elemental política de Defensa, entendemos que también somos responsables de contribuir a reforzar en la sociedad la conciencia de defensa nacional. Ahora, el mensaje que procede dar a la sociedad debe ser el de la capacidad de adaptación de la Defensa y de las Fuerzas Armadas a la prioridad de gestionar recursos tangibles e inculcar en toda la organización métodos de trabajo eficientes y objetivamente mesurables. Este ejercicio de realismo reforzará todo aquello en lo que creemos. Tenemos que dar ejemplo a toda la sociedad española de que la confianza en nuestro futuro se basa en una mirada valiente a nuestro presente difícil.

En resumen, a los criterios de austeridad, eficiencia, previsibilidad y adaptabilidad, debemos unir los valores del rigor, sencillez y espíritu de equipo.

LINEAS GENERALES DE LA DEFENSA

A nuestro juicio, los objetivos de la Defensa, como hemos dicho, deben estar orientados a reforzar a la sociedad española en la superación de la crisis y a recuperar el prestigio para España como nación. En ambos, la Defensa puede aportar un potencial significativo y es deseable que lo haga desde la naturalidad del trabajo diario y bien hecho.

Para alcanzar ambos objetivos, la premisa de partida, como hemos dicho, debe ser garantizar la preparación y operatividad de las Fuerzas Armadas, ya que sin el elemento esencial de la Defensa nada de lo que acometamos tendrá sentido. Ello no es óbice, como ya expresamos al comienzo de este apartado, para que debamos definir claramente las Fuerzas Armadas que necesitamos hoy y para los próximos veinte años.

Con los antecedentes expuestos, para contribuir a la superación de la crisis pensamos que se

deberían emprender las siguientes acciones:

- Revisar, en primer lugar, la estructura orgánica del Ministerio de Defensa con el fin de: mejorar la eficiencia, evitar redundancias y adecuar su dimensión a esta nueva situación. Ello implica la redistribución de las tareas y responsabilidades entre el órgano central y los Estados Mayores, la simplificación de procedimientos de trabajo y ubicar los servicios comunes en la estructura de los usuarios. Y en definitiva, separar claramente el planeamiento de la gestión.

Se trata aplicar en el ámbito del Ministerio de Defensa la premisa de “una administración, una competencia” o “administración única”²⁵³, y respetar con ello los principios de racionalidad, economía de medios y estructuras no redundantes que deben imperar en una administración austera y eficaz centrada en el servicio a la sociedad.

- Analizar la representación de las Fuerzas Armadas y la Administración Militar en el exterior, con el doble objetivo de: adaptarla a las necesidades derivadas de la política de defensa y mejorar nuestra presencia en las organizaciones internacionales de seguridad y defensa a las que contribuimos (OSCE, OTAN, EDA etc)
- Establecer una mayor cooperación con las agencias y administraciones en el ámbito de la Seguridad, consolidando canales y modos de actuación que garanticen el bienestar de nuestros ciudadanos (EDA, CNP, consejerías de Interior, etc).
- Evaluar nuestro despliegue en operaciones fuera del territorio nacional. En ello debemos tener en cuenta tanto nuestras propias reflexiones como nación soberana, como la evolución del contexto de seguridad internacional y los planes y compromisos de los contingentes aliados.

De especial importancia son, en este sentido: el plan de transición en Afganistán, que prevé la transferencia progresiva de responsabilidades a las Fuerzas de Seguridad Afganas (entre los años 2012 y 2014) y la revisión estratégica de la misión de Naciones Unidas en el Líbano, con el objetivo de adecuar el dispositivo de la ONU a la evolución de la situación de seguridad en ese país.

²⁵³ El concepto de administración única que ahora usamos fue formulado por el profesor D. Manuel Fraga Iribarne, quien lo esbozó, por primera vez, el 10 de marzo de 1992 en el discurso sobre el Estado de la Autonomía de Galicia. Más tarde, publicada en “Administración única: una propuesta desde Galicia”, Barcelona, Planeta, 1993

En materia de infraestructura, es necesario revisar el despliegue geográfico de las unidades de las Fuerzas Armadas y los organismos de la Administración Militar (una revisión presidida por el estudio sobre las capacidades de las Fuerzas Armadas y la reestructuración de los órganos del Departamento).

Finalmente, con respecto a los recursos materiales, las líneas de acción deben ir encaminadas, a nuestro juicio, a:

- Optimizar el empleo de los recursos materiales y para ello debe tratarse de llevar a cabo un planeamiento estratégico de recursos común a todas las Fuerzas Armadas para afrontar sus necesidades; racionalizar las estructuras comunes de obtención, para reducir su número, hacerlas más eficientes y controlar y gestionar los programas de obtención en el nivel adecuado.
- Reformular el gasto a largo plazo, con la finalidad de mejorar la situación financiera del Ministerio de Defensa.
- Explorar nuevas áreas de colaboración con las industrias de Defensa, sector estratégico para los intereses nacionales.
- Dar un apoyo institucional a la industria y su necesaria internacionalización (la presencia en el exterior es una necesidad para España, con el fin de ganar independencia y proyectarse hacia otros mercados y hacia otras actividades complementarias mediante aplicaciones adicionales y de uso dual).
- Fomentar los acuerdos y soluciones multinacionales para obtener el máximo rendimiento de nuestras capacidades industriales en un contexto globalizado con el actual.

En este campo, sin duda complejo por las muchas implicaciones militares, tecnológicas, económicas y sociales, las soluciones requerirán un esfuerzo notable de coordinación no solamente con otros departamentos ministeriales, sino también con las agencias nacionales e internacionales en las que España participa (la mencionada EDA, por ejemplo).

Con este fin, el Ministerio debería buscar soluciones inmediatas a problemas que no admiten

demora y fijar planes sólidos a medio y a largo plazo para la obtención y el mantenimiento de sistemas.

Para lograr el objetivo de recuperar el prestigio de España como gran nación, también entendemos que pueden y deben llevarse a cabo diferentes acciones, que tratamos a continuación.

Los Ejércitos, como hemos dicho reiteradamente, deben contribuir a la acción exterior de España. Pues bien, para ello debemos trabajar con nuestros socios y aliados europeos en el desarrollo de la Política Común de Seguridad y Defensa nacida del Tratado de Lisboa en la convicción de que la Defensa no es sólo un aspecto referido a la acción del Gobierno en España y para los españoles, sino que es también un elemento integrador de Europa (Dice el artículo 24.3 del TUE, según la redacción dada por el Tratado de Lisboa: “Los Estados miembros apoyarán activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad de la Unión, con espíritu de lealtad y solidaridad mutua y respetarán la acción de la Unión en este ámbito. Los Estados miembros trabajarán conjuntamente para intensificar y desarrollar su solidaridad política mutua. Se abstendrán de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda perjudicar su eficacia como fuerza de cohesión en las relaciones internacionales”)²⁵⁴.

Nuestra situación geográfica, prácticamente, nos impone que pongamos especial énfasis en la búsqueda de sinergias entre la Unión Europea y la Alianza Atlántica (ello no es fácil pero hoy más que nunca, no sólo es deseable, sino imprescindible para la acción común en el mundo occidental). Y entre éstas y los países del mediterráneo, como hemos dicho anteriormente. Y aún más, no debemos verlo como imposición sino como una auténtica oportunidad.

Además, debemos continuar colaborando con los mecanismos de las Naciones Unidas y de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, cuyo fin es preservar la paz y la estabilidad en el Mundo.

Y finalmente, con los Estados Unidos de Norteamérica, con quienes nos une una larga tradición de cooperación en materia de Defensa, debemos continuar profundizando en el desarrollo de proyectos comunes, tanto en el seno de la Alianza Atlántica como en el plano bilateral. En este sentido, existen proyectos para la obtención de capacidades militares aliadas (la ya mencionada “Smart Defence”) que, partiendo de iniciativas multinacionales, pondrán a disposición de todos los

²⁵⁴ TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, Maastricht, Diario Oficial de la Unión Europea, 1992, artículo 24 (versión consolidada publicada el 20 de marzo de 2010)

socios los medios para afrontar los retos de la defensa colectiva que requiere el siglo XXI.

La Defensa, por consiguiente y como consecuencia lógica de todo lo dicho, ha sido, es y será una herramienta más de la acción exterior del Estado. A este propósito debemos contribuir con nuestras Fuerzas Armadas, pues han demostrado ser capaces de transmitir la mejor imagen de España y de su sociedad.

En efecto, la sociedad española, por su parte, debe comprometerse con el valor de la seguridad, debe ser capaz de sacrificarse en aras de la libertad y ser solidaria cuando se le demande. Y lo debe hacer, entre otras herramientas, mediante las acciones de diplomacia de defensa (entendida como “conjunto de actividades internacionales basadas principalmente en el diálogo y la cooperación que realiza el Ministerio de Defensa a nivel bilateral con nuestros aliados, socios y países amigos para impulsar el cumplimiento de los objetivos de la política de defensa en apoyo de la acción exterior del estado”²⁵⁵) y de acuerdo con nuestros aliados, para contribuir a la prevención de conflictos y a un orden global más seguro.

Como se sabe, actualmente las Fuerzas Armadas españolas están desplegadas en cinco teatros de operaciones distintos (tres en operaciones lideradas por la Unión Europea, una por la Alianza Atlántica y otra por Naciones Unidas). Además, mantiene misiones de observación en tres territorios más. Más de tres mil soldados y marinos prestan servicio en operaciones fuera de nuestras fronteras, colaborando de forma activa y directa en la seguridad de los españoles.

Pues bien, debe ser parte de nuestra política de Defensa y debe ser nuestro propósito que la tarea que llevan a cabo, junto con la de aquellos que prestan servicio en territorio nacional, sea reconocida. En definitiva, la labor didáctica imprescindible para comprender la necesidad de la Defensa, y la existencia de unas Fuerzas Armadas que la sustenten, ha de ser parte de las líneas generales de actuación de cualquier Gobierno democrático y debe ser compartida por todos los agentes del arco parlamentario. Para lograrlo, entendemos que se debe fomentar:

- La actuación de aquellos órganos (el Real Instituto Elcano, el Instituto Español de Estudios Estratégicos, etc) encaminados a la generación de conocimiento sobre el panorama internacional, de modo que permita una mejor comprensión de los escenarios en los que operan nuestras Fuerzas Armadas, los riesgos y amenazas potenciales a nuestra seguridad y a la de nuestros aliados y colabore en el diseño de las estrategias adecuadas para

²⁵⁵ MINISTERIO DE DEFENSA, *Plan de diplomacia de Defensa*, Madrid, Dirección General de Relaciones Institucionales, 2011

acometerlas.

- El conocimiento por parte de la sociedad española (a través de campañas y convenios con universidades, empresas y escuelas) de la realidad de aquellos países y regiones en los que se encuentran desplegadas nuestras Fuerzas Armadas, de las razones que hacen necesaria su presencia, y del papel que en ellos llevan a cabo.
- Un mayor soporte presupuestario, personal, material, legislativo y moral a nuestros militares que favorezca su visibilidad, su permeabilidad en la sociedad, su libertad de movimientos y la normalidad de su presencia en la vida española.

Como dice Geoffrey Parker²⁵⁶, el futuro de los procedimientos bélicos occidentales y del propio modo de vida de Occidente y del ventajoso sistema económico que lo sostiene, depende, en última instancia de tres cosas: la capacidad para manejar las crisis internacionales y para impedir que se tornen en conflictos armados, cuyos resultados serían impredecibles; una voluntad continuada de sostener (materialmente y en términos humanos) el esfuerzo defensivo contra peligros no inmediatos aparentemente; y el mantenimiento del control político sobre las fuerzas armadas.

En España, tan sólo hemos avanzado en los últimos treinta años en el tercero de los puntos. Respecto a los dos primeros, seguimos huérfanos de ideas, políticos capaces de defenderlas y estructuras institucionales e intelectuales aptas para canalizarlas: el valor de la entrega y el sacrificio por los demás no gozan de gran predicamento; el Instituto Español de Estudios Estratégicos, el CESEDEN u otras instituciones carecen aún de la proyección y la objetividad suficiente (pues dependen de los criterios políticamente correctos del Ministerio de Defensa) para llegar a la sociedad española; y las llamadas clases intelectuales siguen prejuzgando a los militares con base en un imaginario colectivo irreal.

Las Fuerzas Armadas no son una O.N.G. Donde hay un soldado (en Líbano, Afganistán, Ruanda, Kosovo, el Índico u otras regiones), hay o ha habido violencia. Y esto debe ser conocido. Es urgente una labor pedagógica que alcance a todos los estratos socio-culturales. En ello, el Ministerio de Defensa debería implicar a los medios de comunicación, tan dados al cliché,

²⁵⁶ The future of the western way of war, and so of the western way of life and the advantageous economic system that sustains it, ultimately depends on three things: a sustained ability to manage international crises and prevent them from turning into armed conflicts, the outcome of which is always unpredictable; the continued willingness to pay (in both human and material terms) for defence against perils that are not immediately apparent; and the maintenance of each state's political control over its armed forces" PARKER, G., *The Cambridge History of Warfare*, New York, Cambridge University Press, 2005, pag. 428

trasladando adecuada y rigurosamente a los españoles una visión rigurosa de las características de las misiones de las Fuerzas Armadas.

Nuestro propósito en esta tesis ha sido el de contribuir a ello. Contribuir a explicar la realidad de los Ejércitos en todas sus dimensiones: las legales y las fácticas; las amables y las no tan beatíficas.

Creemos firmemente que conocer mejor nuestras Fuerzas Armadas y conocer mejor la realidad de la Defensa Nacional redundará en más España. Solo por eso merece la pena intentarlo.

17. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES. M. Constitución. Estado Constitucional. Partidos y elecciones y fuentes. Temas básicos de derecho constitucional. Tomo I. Pamplona, Civitas. Editorial Aranzadi, 2011

ARISTÓTELES, Política, Madrid, Gredos, 1988

ABELLÁN, J.L. El problema de España y la cuestión militar, Madrid, Dykinson, 1992

ALVARADO PLANAS, J., La codificación del derecho militar en el SXIX, en Estudios sobre Ejército, política y derecho en España: SXII-XX. Ponencias presentadas en el Curso de Verano organizado por el Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la UNED, Madrid, Polifemo, 1996.

ÁLVAREZ CONDE, E. Curso de Derecho Constitucional, Vol. I, Madrid, Tecnos, 2005.

ALZAGA VILLAAMIL, O.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.; RODRÍGUEZ ZAPATA, J. Derecho Político Español según la Constitución de 1978, T. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.

ALLI TURRILLAS, J.C. La profesión militar: análisis jurídico tras la Ley 17/1999 de 18 de mayo, reguladora del personal de las FFAA, Madrid, INAP, 2000.

BAÑÓN, R. y OLMEDA, J.A., La institución militar en el Estado contemporáneo, Madrid, Alianza, 1985

BELMONTE HERNÁNDEZ, V. , “Unas cuantas consideraciones sobre el Plan Norte”, Revista Española de Defensa, nº 206, Madrid, Ministerio de Defensa, 2005

BILBAO UBILLOS, J. M^a y REY MNEZ, F. "Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional", en "La Constitución y la práctica del Derecho", Madrid, Aranzadi, 1998

BOBBIO, N., El tiempo de los derechos, Madrid, Ed. Sistema, 1991.

BOLAÑOS MEJÍAS, M^a C., Las Ordenanzas de Carlos III de 1768: el Derecho Militar en una sociedad estamental, en Estudios sobre Ejército, política y derecho en España (SXII-XX). Ponencias presentadas en el Curso de Verano organizado por el Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la UNED, Madrid, Polifemo, 1996

BORBÓN Y BORBÓN, J.C. Discurso de proclamación como Rey, Madrid, 1975

BORREGUERO BELTRÁN, C., Carlos III y el reemplazo anual del Ejército, en Actas del Congreso Internacional Carlos III y la Ilustración, Vol.I, Madrid, Ministerio de Cultura, 1989

BUSQUETS, J., El Ejército durante el franquismo y la transición, en Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España (SXII-XX). Ponencias presentadas en el Curso de Verano organizado por el Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la UNED Madrid, Polifemo, 1996

CARACUEL RAYA, M^a A. Los cambios de la OTAN tras el fin de la guerra fría, Madrid, Tecnos, 1997.

CARDONA, G. El problema militar en España, Madrid, Historia 16, 1990.

CASADO BURBANO, P. Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española, en Revista Española de Derecho Militar nº 36, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria. Sección de Derecho Militar. CSIC, 1978.

CASADO BURBANO, P. Iniciación al Derecho Constitucional Militar, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1986.

CHANDLER, D, y BECKETT, I. The Oxford Illustrated History of the British Army, Oxford, Oxford University Press, 1994

CLAUSEWITZ, C.V. De la Guerra, Madrid, La esfera de los libros, 2005

COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J. Constitucionalización de los límites penales al derecho de Asociación, en Derecho Penal y la Constitución, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982.

COTINO HUESO, L. La necesidad de una plena constitucionalización del complejo nexo de la religión y las Fuerzas Armadas. Algunas cuestiones pendientes. Boletín de la sociedad española de ciencias de las religiones, nº 15, Valencia, 2001.

CRUZ VILLALÓN, P., "El principio de igualdad y otros conceptos afines", en "Los Derechos Individuales en la Constitución Española: la Doctrina del Tribunal Constitucional", Sevilla, El Monte, 1993

DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO P., Curso de Derecho Constitucional Español, I, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1992.

DEL VECCHIO, G. El fenómeno de la guerra y la idea de la paz, Madrid, Reus, 2004.

DE JUAN GONZÁLEZ DE CASTEJÓN, I. La Defensa Nacional: desarrollo del artículo 8 CE, en La Constitución y la práctica del Derecho, T. II, Pamplona, Aranzadi, 1998.

DE TOCQUEVILLE, A. La democracia en América, Madrid, Alianza Editorial, 2011

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Madrid, Espasa Calpe, 1992

DOMÍNGUEZ BERRUETA, M. Y OTROS. La organización administrativa de la defensa (la reforma de la organización central de la defensa en España), en Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, 1998.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. El Rey y otros militares, Madrid, Trotta, 1998

FERNÁNDEZ SEGADO, F. Los límites de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, Boletín de información, nº 215, Madrid, Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, 1989.

FIERRO, G. J. La obediencia debida en el ámbito penal y militar, Buenos Aires, De palma, 1984.

FINER, S.E. y STANLEY, J. The man on horseback: the Role of the Military in Politics, Paperback, New Brunswick, New Jersey, USA, 2002

FLORES JIMÉNEZ, F. Senderos de gloria: obedecer ¿a qué derecho?, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.

FRAGA IRIBARNE, M. Administración única: una propuesta desde Galicia”, Barcelona, Planeta, 1993

GARCÍA HERNÁN, D. e Ignacio Catalá Martínez, Historia de la Guerra, Madrid, Editorial Síntesis, 2012

GARCÍA LOZANO, C. Jurisdicción militar: aspectos penales y penitenciarios, Madrid, CGPJ, 2006.

GARCÍA DE MORILLO, J. Derecho Constitucional, Volumen 1, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000

GARCÍA MARTÍN, J., De un Ejército Real a otro Nacional, en Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España (SXII-XX). Ponencias presentadas en el Curso de Verano organizado por el Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la UNED Madrid, Polifemo, 1996

GIMÉNEZ GLUCK, D, "Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa", Valencia, Tirant monografías, 1999

GOIG MARTÍNEZ, J.M. (coord.). El Sistema Constitucional de derechos y libertades según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid, Universitas Internacional, S.L, 2006

GÓMEZ MARTÍNEZ, R. Constitución y fuerza militar, Granada, Universidad de Granada, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. Derecho de reunión y manifestación, Madrid, Civitas, 2002.

GUAITA MARTORELL, A. Los derechos fundamentales de los militares, en Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí, Madrid, Editorial Civitas, 1989.

GUTIÉRREZ MELLADO, M., El Ejército en la transición. Conferencia pronunciada durante los cursos de la Universidad Complutense, El Escorial

HAURIOU, M., Principios de derecho público y constitucional, Granada, Comares, 2003

HAURIOU, M., La théorie de l'institution et de la fondation, Cahiers de la Nouvelle Journée, N° 4, Paris, 1925

HERNÁNDEZ HOLGADO, F. Historia de la OTAN: de la guerra fría al intervencionismo humanitario, Madrid, Libros de la Catarata, 2000.

HERRERO DE MIÑÓN, M. El valor de la Constitución, Barcelona, Crítica, 2003

HUNTINGTON, S.P. La Tercera ola. La democratización a finales del siglo XX, Barcelona, Paidós, 1994

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, J.J. La socialización del miedo: un análisis del gasto militar y del control social, Madrid, Libros de la Catarata, 1998.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J. Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española, en Revista Española de Derecho Militar, nº 77, Madrid, Ministerio de Defensa (Secretaría General Técnica), 2001.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J. Principios Constitucionales. Derechos fundamentales y libertades públicas del militar, en Cuadernos de Derecho Judicial, Monográfico, Madrid, CGPJ, 1992.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J. Potestad disciplinaria y control jurisdiccional, Madrid, Colex, 1991.

KELSEN, H., Teoría pura del Derecho, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982

LAGUNA SANGUIRICO, F. El militar, ciudadano de uniforme. Revista de Estudios Políticos, nº 56, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987.

LOSADA MÁLVAREZ, J.C., Ideología del Estado franquista (1939-1959), Madrid, Istmo, 1990

LIÑÁN NOGUERAS, D. El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas en el exterior, Madrid, Plaza y Valdés, 2008.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos. Colección Pacto para la convivencia nº1, Cátedra de laicidad y Libertades Públicas Fernando de los Ríos, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, Dykinson, 2005.

LLORENTE SAGASETA DE ILURDOZ, J. M^a. El militar ante la libertad de expresión, Cuaderno de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992.

LÓPEZ GUERRA, L. El Derecho Constitucional Español. Origen y características de la Constitución, en Derecho Constitucional. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

LÓPEZ RAMÓN, F. Principios de Organización Constitucional de las Fuerzas Armadas, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo III. La Corona. Las Cortes. Del Gobierno y de la Administración Pública, Madrid, Civitas, 1991.

LÓPEZ RAMÓN, F. La evolución democrática de la defensa nacional, Revista Española de Derecho Militar, nº 87. Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, Madrid, 2006.

MAGDALENO ALEGRÍA, A. Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho, Madrid, Congreso de los Diputados. Colección Monografías, 2006.

MARCHENA FERNÁNDEZ, J., Flandes en la institución militar de España en Indias, en Revista de Historia Militar, nº 58 (1985), Madrid, Servicio Histórico Militar, 1985

MUSASHI M. El libro de los cinco anillos. Madrid, Obelisco, 2010

MILTON, J. Aeropagítica, Madrid, Torres de Goyanes, 2001.

MILLÁN GARRIDO, A. Justicia Militar, Madrid, Ariel, 2012.

MINISTRY OF DEFENCE, The role of the Ministry of Defence and the Capabilities of the Armed Forces. The Government's Expenditure Plan and Main Estimates, London, Ministry of Defence Printing Office, 2001

MARTÍNEZ SEGARRA, ROSA M^a, La Unión Patriótica, Cuadernos de la Cátedra Furió Ceriol, nº 1, Valencia, 1992

MARTÍNEZ SEGARRA, ROSA M^a y NÚÑEZ RIVERO, CAYETANO, Historia Constitucional de España, Madrid, Universitas, 1997

MONTILLA MARCOS, J. A. "El mandato constitucional de promoción de igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad ", en Estudio de Derecho Público (Homenaje a Juan José Ruiz Rico), vol. 1, Madrid, Tecnos, 1997

MORALES VILLANUEVA, A. Derechos y libertades del militar profesional, Revista de Estudios Políticos, nº 37, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984.

MORALES, J.L. La alternativa militar: el golpismo después de Franco, Madrid, Revolución, 1981.

MUÑOZ ALONSO, J.M. Derecho administrativo militar, Madrid, 1989.

NEVADO MORENO, P. T. La Función Pública Militar: régimen jurídico del personal militar profesional, Madrid, Marcial Pons, 1997.

NÚÑEZ RIVERO, C. Derecho constitucional comparado y derecho político iberoamericano, Madrid, Universitas, 2002

NÚÑEZ RIVERO, C. Teoría del Estado y sistemas políticos, Madrid, Lerko Print, UNED, 1993

NÚÑEZ RIVERO, CAYETANO y ROSA M^a MARTÍNEZ SEGARRA, Participación de las «élites» económicas en los primeros intentos de institucionalización del régimen de Primo de Rivera: Somatén y Unión Patriótica, en Revista de Derecho Político, nº 15, 1992

O'DONNELL Y DUQUE DE ESTRADA, H. Historia militar de España, Madrid, Laberinto, 2009.

OEHLING, H. La función política del Ejército, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967.

OLMEDA GÓMEZ, J.A., Las Fuerzas Armadas en el Estado franquista, Madrid, El arquero,

1988

PÁNIKER, S. Conversaciones en Madrid, Barcelona, Kairós, 1969

PARKER, G. The Cambridge History of Warfare, New York, Cambridge University Press, 2005

PAYNE, S. Los militares y la política de la España contemporánea, Madrid, Sarpe, 1986.

PEÑARRUBIA IZA, J. M^a. Ombudsman militar y defensor del pueblo: estudio de derecho comparado y español, Madrid, Dilex, 2001.

PEÑARRUBIA IZA, J. M^a. Presupuestos constitucionales de la función militar, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

PÉREZ ESCALONA, S. El Derecho de Asociación y las Asociaciones en el Sistema Constitucional Español, Pamplona, Thomson, 2007.

PÉREZ MUNELO, F. El gasto de defensa en España 1946-2009, Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2009.

PÉREZ TREMPES, P., Derecho Constitucional. El Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Vol I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007

PESUTIC, S. Fuerzas Armadas: no gracias, San Sebastián, Tercera Prensa, 1992.

PLATÓN, M., Hablan los militares, Barcelona, Planeta, 2001

PRESNO LINERA, M.A. Los límites a los límites de los derechos fundamentales de los militares, Boletín de Información, nº 278, Madrid, Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, 2003.

PRIETO, F., La Revolución francesa, Madrid, Istmo, 1989

PUBLIC RELATIONS ARMY, British Army. An Introduction, WhiteHall, London, Ministry

of Defence, Directorate Media and Communication, SO2 Plans Coord., 2010

PUELL DE LA VILLA, F., Historia del Ejército en España, Madrid, Alianza, 2000

PUELL DE LA VILLA F., Gutiérrez Mellado: un militar del siglo XX, Madrid: Biblioteca Nueva, 1997

RENARD, GEORGES, La Théorie de l'institution, Paris, Sirey, 1930

QUIROGA DE ABARCA, J. M^a. La administración militar y su responsabilidad patrimonial, Madrid, Editorial Montecorvo, 1988.

RAMÍREZ, M. Constitución y jurisdicción militar, Zaragoza, Pórtico, 1997.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., Igualdad y discriminación, Madrid, Tecnos, 1986

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., La democracia constitucional española, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1997

SALVADOR MARTÍNEZ, M. "Dogmática y práctica de los derechos fundamentales", Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006

SERRA SERRA, N. La transición militar, Barcelona, Debate, 2008.

SORIA SESÉ, L., La ordenación jurídica del ejército español decimonónico, en Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España (SXII-XX), Ponencias presentadas en el Curso de Verano organizado por el Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la UNED, Madrid, Polifemo, 1996

SUÁREZ PERTIERRA, G. Regulación jurídico constitucional de las Fuerzas Armadas, en Jornadas de Estudio sobre El Título Preliminar de la Constitución, Volumen IV, Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1998.

STUART MILL, JOHN, De la libertad, Barcelona, Ed. Acantilado, 2013

TORRES DEL MORAL, A. Principios de Derecho Constitucional español, Tomo I. Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2004.

TRILLO FIGUEROA, F. Las Fuerzas Armadas en la Constitución española (esbozo de una construcción institucional, Revista de Estudios Políticos, nº 12, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1979.

TRILLO FIGUEROA, F. Memoria de entreguerras, Barcelona, Planeta, 2005.

U.S. ARMY (Department of Defence), Army Strong Magazine, Washington D.C., United States Government Printing Office, 2009

VALDÉS, A. Aproximación a la historia militar de España, Madrid, Ministerio de Defensa, 2006.

VERGOTTINI, G. La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1982.

18. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

ASOCIACIÓN

SSTC 219/2001, 101/1991, STEDH de 20 de mayo de 1999

AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN

SSTC 22/1984, 238/1992

DERECHO A DESEMPEÑAR CARGO PÚBLICO

STC 10/1983

LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

ATC 81/1985, SSTC 97/1985, 102/2001, 120/1996, 371/1993, 288/1994, 157/1996
270/1994, 113/200, 148/2001, SSTEDH, de 8 de junio de 1976, de 26 de septiembre de 1995, de 16
de septiembre de 1992, de 19 de diciembre de 1994, de 25 de noviembre de 1997.

GARANTÍA INSTITUCIONAL

STC 32/1981

HUELGA

SSTC 11/1981, 148/1993

IGUALDAD

ATC 1035/1986, SSTC 80/1982, 8/1993, 22/1981, 86/1985, 209/1988, 200/2001, 45/1989,
14/1983, 128/1987, 73/1983, 107/1984, 23/1989, 100/1993, 49/1982, 103/1990, 233/1985,
152/1994, 48/1987, 21/1992, 207/1992, 201/1991, 63/1984, 108/1989

INTIMIDAD E INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

STC 231/1988, 117/1994, 110/1984, 44/1983, 151/1997, 189/2004, 81/2002, 10/2002,
22/2003, 94/1999, 22/1984, 160/1991, 171/1997, 199/1998, 211/1992, 76/1992, 92/2002, 144/1987,
139/2004, 21/2000

IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PENALES

SSTC 95/1992, 184/1988, 196/1991

LIBERTAD IDEOLÓGICA

STC 177/1996

LIBERTAD PERSONAL

STC 31/1996

LÍMITES A LOS DERECHOS

STC 120/1990

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

AATC 2/1992, STC 189/1998

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

AATC 703/1984, 37/1993, 2/1992, SSTC 62/1982, 53/1994, 89/1983, 75/1984, 111/1993, 133/1987, 159/1986, 59/1990, 166/1993, 89/1993, 151/1997, 116/1993, 270/1994, 581/1986, 62/1982, 69/1989, 219/1989, 305/1993, 26/1994, 306/1994, 184/1995, 137/1997, 34/1986, 138/1987

RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y DERECHO PENAL MILITAR

STC 21/1981

SUSPENSIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

STC 25/1981

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DEMÁS GARANTÍAS PROCESALES

AATC 228/1987, 1035/1986, 321/1984, 582/1984, 847/1988, 189/1989, 61/1992, 78/1995, 218/1997, SSTC 199/96, 38/2007, 39/1983, 15/1982, 120/1990, 18/1981, 9/1981, 97/1985, 50/1993, 128/1995, 34/1996, 62/1996, 27/1989, 8/1990, 86/1995, 128/1995, 62/1996, 179/1996, 151/1997, 142/1994, 15/1990, 132/1987, 140/1987, 95/1988, 10/1990, 124/1987, 213/1990,

119/1994, 81/2002, 148/1993, 78/1996, 199/1998, 41/1997, 114/1995, 138/1999, 147/1985, 83/1989, 157/1990, 31/1996, 177/1996, 199/1996, 74/1997, 218/1997, 159/1987,4/2004, 157/1989

DERECHO A LA VIDA

SSTC 53/1985 de 11 de abril, 116/99 de 17 de junio

19. FUENTES NO BIBLIOGRÁFICAS

ACTA TIPOGRÁFICA N° 13 DE LA COMPARECENCIA DEL MINISTRO DE DEFENSA ANTE LA COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Madrid, Imprenta Rivadeneyra, Congreso de los Diputados, 1983

DIARIO DE SESIONES N° 20 DE LA COMPARECENCIA DEL MINISTRO DE DEFENSA ANTE LA COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Madrid, Imprenta Rivadeneyra, Congreso de los Diputados, 1990

BAFF Ltd., BAFF Constitution, Melksham, Wiltshire, 2006

CIS, ESTUDIO “DEFENSA Y FUERZAS ARMADAS” N° 2912

REDACCIÓN DE ABC, LLAMAMIENTO A LA UNIDAD DE LAS FUERZAS ARMADAS, Madrid, Diario ABC, 1977

RECONQUISTA, n° 67, Madrid, 1955

REINLEIN F., La memoria de los militares demócratas, EL PAÍS, Madrid, 3 de octubre de 2006

SUNDAY TIMES, Registered office 3, Thomas More Square, London E98 1XY, Times Newspapers Ltd, 2002

U.K. PARLAMIEN, Queen’s Regulations for the Army, London, U.K. Palamient Printing Office, 1975

U.K. PARLAMIEN, U.K., London, Parlamient Printing Office, Foreign Affairs Committee,
2000

20. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN

NACIONAL

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

LEY ORGÁNICA 7/1980 DE 5 DE JULIO DE LIBERTAD RELIGIOSA

LEY ORGÁNICA 1/1983, DE 15 DE JULIO, REGULADORA DEL DERECHO DE REUNIÓN

LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD SINDICAL 11/1985, DE 2 DE AGOSTO

LEY ORGÁNICA 13/1985 DE 9 DE DICIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

LEY 4/1987 DE 15 DE JULIO, DE COMPETENCIA Y ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

RD LEY 1/1988 DE 2 DE FEBRERO POR EL QUE SE REGULA LA INCORPORACIÓN DE LA MUJER A LAS FUERZAS ARMADAS

LEY 8/1988, DE 2 DE DICIEMBRE DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS

LEY 2/1989 DE 13 DE ABRIL, PROCESAL MILITAR

LEY ORGÁNICA 11/1995 DE 27 DE NOVIEMBRE DE ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE EN TIEMPO DE GUERRA

LA LEY 17/99 DE 18 DE MAYO, DE RÉGIMEN DE PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

LEY ORGÁNICA 4/2001 DE 12 DE NOVIEMBRE, REGULADORA DEL DERECHO DE PETICIÓN

LEY 1/2002 DE 22 DE MARZO REGULADORA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

LEY 32/2002, DE 5 DE JULIO, MODIFICADORA DE LA LEY 17/99 DE RÉGIMEN DE PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

LA LEY ORGÁNICA 5/2005 DE 17 DE NOVIEMBRE DE LA DEFENSA NACIONAL

ORDEN DEF/524/2005 DE 7 DE MARZO POR LA QUE SE DISPONE LA PUBLICACIÓN DEL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE 4 DE MARZO DE 2005 POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS PARA FAVORECER LA INCORPORACIÓN Y LA INTEGRACIÓN DE LAS MUJERES EN LAS FUERZAS ARMADAS

LA LEY 8/2006 DE 24 DE ABRIL DE TROPA Y MARINERÍA

LEY 39/2007 DE 19 DE NOVIEMBRE DE LA CARRERA MILITAR

LEY ORGÁNICA DE 22 DE MARZO DE 2007 PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE HOMBRES Y MUJERES

LEY 7/2007 DE 12 DE ABRIL DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

ORDEN 107/2007 DE 26 DE JULIO POR LA QUE SE MODIFICAN LAS NORMAS SOBRE JORNADA Y HORARIO DE TRABAJO, VACACIONES, PERMISOS Y LICENCIAS

RD 96/2009 DE 6 DE FEBRERO POR EL QUE SE APRUEBAN LAS RR.OO DE LAS FUERZAS ARMADAS

RD 293/2009 DE 6 DE MARZO POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL ÁMBITO DE ENSEÑANZA DE LAS FUERZAS ARMADAS

LEY ORGÁNICA 9/2011 DE 27 DE JULIO DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS

MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

INTERNACIONAL

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, DE 10 DE DICIEMBRE DE 1948

CONVENIOS DE GINEBRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949

CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1950

CONVENCIÓN SOBRE LOS REFUGIADOS DE 28 DE JULIO DE 1951

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DE 16 DE DICIEMBRE DE 1966

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS CIVILES DE 16 DE DICIEMBRE DE 1966

CONVENCIONES SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER DE 18 DE DICIEMBRE DE 1979

CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE ASPECTOS POLÍTICO MILITARES DE SEGURIDAD DE LA OSCE DE 1994 DE 1 DE DICIEMBRE DE 1994

TRATADO DE AMSTERDAM DE 2 DE OCTUBRE DE 1997

RESOLUCIÓN 1325 DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE MUJERES, PAZ Y SEGURIDAD DE 31 DE OCTUBRE DE 2000

CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2000

DIRECTIVA 2002/73/CE DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2002

DIRECTIVA 2004/113/CE DE 13 DE DICIEMBRE DE 2004

TRATADO DE LISBOA DE 13 DE DICIEMBRE DE 2007

RESOLUCIÓN N.U. 1820, DE 19 DE JUNIO DE 2008 y LA RESOLUCIÓN 1888, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2009, SOBRE VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS MUJERES

RESOLUCIÓN N.U. 1889, DE 5 DE OCTUBRE DE 2009, QUE PROMUEVE LA PARTICIPACIÓN DE LA MUJER EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

RESOLUCIÓN N.U. 1960, DE 16 DE DICIEMBRE DE 2010, SOBRE PROTECCIÓN DE LA MUJER CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL

TRATADOS DE LA UE (VERSIÓN CONSOLIDADA EN 2012)

TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UE (VERSIÓN CONSOLIDADA EN 2012)

21. APÉNDICES

CUADRO HISTÓRICO DE MISIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS

OPERACIÓN Y DIRECCIÓN	LUGAR	DURACIÓN	TIPO	MAX.
UNAVEM I, NNUU	Angola	ene. 1989-julio 1991	OBS	7
UNTAG, NNUU	Namibia	abr. 1989-mar.1990	MIL	24
ONUCA, NNUU	Nicaragua	dic. 1989-dic. 1991	OBS	98
UNAVEH, NNUU	Haití	oct. 1990-ene. 1991	OBS	9
Provide Comfort, coalición internacional	Kurdistán (Irak)	abr. 1991-sep. 1991	HUM	586
UNAVEM II, NNUU	Angola	mayo 1991-dic. 1993	OBS	21
ECMMY/ECMM/EUMM, UE	Bosnia	jun. 1991-dic. 2007	OBS	4
ONUSAL, NNUU	El Salvador	ene. 1992-mayo1995	OBS	130
UNPROFOR, NNUU	Bosnia	jun. 1992-ene. 1996	MIL	1.150
Maritime Monitor/Guard, OTAN	Adriático	jul. 1992-jun. 1993	MIL	-
Sharp Vigilance/Sharp Fence, UEO	Adriático	jul. 1992-jun. 1993	MIL	-
ECTF, UE	A.R.Y. Macedonia	oct. 1992-abr. 1996	OBS	5
ONUMOZ, NNUU	Mozambique	mar. 1993-oct. 1994	HUM	21
EUAM, UE	Mostar (Bosnia)	abr. 1993-abr. 1996	ADM	6
Iraqi Freedom, coalición internacional	Irak	mar. 1993-mayo2004	MIL.	1.300
Sharp Guard, NNUU	Adriático	jun. 1993-ene. 1996	MIL.	420
UNAMIR, NNUU	Ruanda	abr. 1994-oct. 1994	MIL.	20
OHR, UE	Bosnia	abr. 1994-jul. 2003	ADM.	3
MINUGUA, NNUU	Guatemala	ago. 1994-dic. 2002	OBS.	16
Deny Flight, OTAN	Bosnia	nov. 1994-ene. 1996	MIL.	250
OSCE	Chechenia (Rusia)	abr. 1995-mar. 1997	OBS.	3

IFOR, OTAN, Bosnia y Herzegovina	B. y H.	dic. 1995-dic. 1996	MIL.	1.200
SFOR, OTAN	B. y H.	dic. 1996-dic. 2004	MIL.	1.200
Alba, coalición internacional	Albania	mar. 1997-ago. 1997	MIL.	300
OSCE	Moldavia	mar. 1997-sep. 1999	OBS.	1
OSCE	Nagorno-Karabaj	sep. 1997-ago. 2004	OBS.	1
OSCE	Georgia	ene. 1998-dic. 2002	OBS.	1
OSCE	Kosovo (Serbia)	ene. 1998-mar. 1999	OBS.	10
Alfa Charlie, España	Centroamérica	nov. 1998-ene. 1999	HUM.	350
Alfa Romeo, OTAN	Albania	ene. 1999-jul. 1999	HUM.	264
Allied Force, OTAN	Kosovo (Serbia)	mar. 1999-jun. 1999	MIL.	211
KFOR, OTAN	Kosovo (Serbia)	jun. 1999-sep. 2009	MIL.	1.250
MINURSO, NNUU	Sahara Occidental	agosto 1999	OBS.	2
Tango Tango, España	Turquía	ago. 1999-oct. 1999	HUM.	27
UNMIK, NNUU	Kosovo (Serbia)	sep. 1999 -	OBS.	6
Essential Harvest, Amber Fox, Allied Harmony, Concordia, OTAN EU	A.R.Y. Macedonia	sep. 1999-dic. 2003	MIL.	58
India Mike, España	Mozambique	mar. 2000-abr. 2000	HUM.	152
UNMEE, NNUU	Eritrea	sep. 2000-jul. 2008	OBS.	5
Active Endeavour, NATO	Mediterráneo	octubre 2001 -		
MONUC, NNUU	R.D. Congo	noviembre 2001 -	OBS.	3
Libertad Duradera, coalición internac.	Afganistán	ene. 2002-jul. 2004	MIL.	300
ISAF, NNUU y OTAN	Afganistán	enero 2002-	MIL.	1.550
Endurance Freedom, coalición internac.	Asia Central	ene. 2002-jul. 2004	MIL.	548
ONUB, NNUU	Burundi	jul. 2004-jul. 2005	OBS.	1
UNAMIS, NNUU	Sudán	jul. 2004-feb. 2005	MIL.	1
MINUSTAH, NNUU	Haití	oct. 2004-mar. 2006	MIL.	200
EUFOR, UE, Bosnia y Herzegovina	B. y H.	dic. 2004-oct. 2010	MIL.	580
Respuesta Solidaria I, España	Aceh (Indonesia)	ene. 2005-mar. 2005	HUM.	594
UNMIS, NNUU	Sudán	abr. 2005-oct. 2005	OBS.	3
AMIS II, Unión Africana	Darfur (Sudán)	abr. 2005-dic. 2007	MIL.	7
EU AMM, EU ASEAN	Aceh (Indonesia)	abr. 2005-sep. 2006	OBS.	8
Resp. Solidaria II, OTAN	Pakistán	oct. 2005-ene. 2006	HUM.	370
EUROFOR, EU	R.D. Congo	jun 2006-dic. 2006	MIL.	130
Policía Aérea, OTAN	Países Bálticos	ago. 2006-nov. 2006	MIL.	82
FPNUL, NNUU	Líbano	septiembre 2006 -	MIL.	1.100
MINURCAT, Chad-Rep. Centroafricana	Chad y R. C.	sep. 2007-jun. 2009	HUM.	2
EUSSR, UE	Guinea-Bissau	diciembre 2007-	MIL.	2
EUFOR Chad-RCA	Chad	sep.2008-mayo 2009	MIL.	184
EUSEC, UE	R.D. Congo	enero 2009-	FOR.	1
Atalanta, UE	Índico	enero 2009-	MIL.	370
Hispaniola, España	Haití	enero-mayo 2009	HUM.	500
EUTM Somalia, UE	Uganda	febrero 2010-	FOR.	38

Fuente: Adaptación del Ministerio de Defensa (<http://www.mde.es/areasTematicas/misiones/historico/>). Notas: MAX: número máximo de tropas españolas; MIL, militar; OBS, observación; HUM, humanitaria; FOR, formación.

DIRECTIVA DE DEFENSA NACIONAL 2012

En julio de 2012 se aprobó una nueva Directiva de Defensa Nacional. Según se dice en su introducción, tres razones bastarían para justificar su aprobación: el nuevo concepto estratégico de la OTAN, los cambios en la escena internacional y el Tratado de Lisboa. No hemos incluido en esta tesis referencia alguna a ella, sin embargo, porque entendemos que, tras unas buenas intenciones y una retórica políticamente correcta, no aporta grandes ideas-fuerza. Su importancia, además debe ser relativizada en la medida en que los continuos recortes en el presupuesto de Defensa dejarán en papel mojado muchas de las nobles aspiraciones que comprende.

Quizás lo más destacado es que no se renuncia a los niveles de seguridad nacional

necesarios ni a la determinación de preservar los valores de nuestra sociedad; al mantenimiento de las capacidades de las Fuerzas Armadas y la voluntad de utilizarlas, llegado el caso. Se proclama la necesidad de fortalecer el papel de España como actor internacional, se expresa el deseo de alcanzar una mayor coordinación entre los distintos departamentos, se insiste en la importancia de mantener los vínculos con nuestros aliados europeos y atlánticos, se aspira a mantener niveles de disuasión creíbles y suficientes, se pone el énfasis en asegurar la cohesión nacional y la voluntad colectiva y la participación de todos los españoles en la Defensa Nacional y se valora la necesidad de lograr una mayor eficiencia, impuesta por el actual contexto económico.

Indicamos aquí el enlace en el que el lector podrá consultar tal directiva:
<http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/0E911A5C-F0F6-490F-8280-1AE0EDC539CE/210550/DIRECTIVADEFENSANACIONAL2012.pdf>

ESTUDIO DEL CIS SOBRE “DEFENSA Y FUERZAS ARMADAS” (N ° 2912)

A continuación, exponemos algunos de los resultados de la IX edición del estudio que periódicamente y a petición del Ministerio de Defensa, viene llevando a cabo el CIS sobre la opinión de los españoles sobre materias vinculadas a Defensa y la imagen de las Fuerzas Armadas.

Se entrevistó a una muestra de la población española mayor de dieciséis años, desarrollándose el trabajo de campo entre los días 23 de septiembre y 4 de octubre de 2011

El total de entrevistas realizadas fue de 2.478.

En general, aumenta el prestigio y la valoración profesional del Ejército y de su papel institucional pero cabe señalar un aumento del aislacionismo.

El grado de interés de los ciudadanos españoles por las informaciones relacionadas con la defensa nacional y las fuerzas armadas es bajo (62% poco o nada interesados) y no muestra variaciones significativas desde hace más de una década.

Igualmente, casi siete de cada diez entrevistados (68%) declaran que este tipo de asuntos rara vez o nunca entran a formar parte de sus conversaciones con amigos o familiares. Más adelante se observa cómo esta falta de interés se traduce en desconocimiento e incoherencias ante otro tipo

de cuestiones más concretas y específicas.

Menos del 50% de los encuestados estarían dispuestos a sacrificarse por la justicia, sus ideas políticas, su religión o su país.

La mayor parte de los entrevistados (60%) se inhibirían ante la necesidad de participar en la defensa del país, y esta posición ha aumentado significativamente en los últimos años.

Sólo el 66% de los entrevistados considera justificada una acción militar en caso de invasión de nuestro territorio.

Los datos hablan por sí solos.